قانــون
التجارة الدوليـة

دكتـــور

عصام حنفي محمـود

أستاذ ورئيس قسم القانون التجاري

كلية الحقوق – جامعة بنها

والمحامي بالنقض والإدارية العليا

مقدمة :

تقوم الدول بتبادل السلع والخدمات فيما بينها كما يتم هذا التبادل بين شعوب مختلفة أو أفراد تنتمي إلى جنسيات متعددة، حيث تطورت التجارة الدولية وزادت أهميتها منذ زمن طويل.

هذا التبادل التجاري المتعلق بالتجارة الدولية أدى إلى اهتمام المجتمع الدولي لوضع قواعد قانونية موحدة تسري على هذه العلاقات ذات الطابع التجاري الدولي، نظراً لاختلاف وتباين التشريعات الداخلية للدول، الأمر الذي يؤدي إلى عدم استقرار التعامل التجاري الدولي لعدم معرفة القائمين بهذه التجارة من مضمون التشريعات الوطنية للدول المختلفة وكذلك لرغبة كل طرف في إخضاع العلاقة القانونية للقانون الذي يعرفه ، وقد لا يتناسب هذا القانون وطبيعة عقود تجارتهم الدولية.

لذلك قام المجتمع الدولي بوضع قواعد القانون الدولي الخاص لكي تكون موحدة لبيان القانون الواجب التطبيع على العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي سواء من ناحية الأطراف أو محل العقد أو إبرامه أو تنفيذه وذلك من خلال الرجوع إلى قواعد إسناد موحدة، فيكون المتعاملون بالتجارة الدولية على دراية مسبقة بالقانون الذي تخضع له هذه العلاقة التجارية الدولية عند وجود نزاع بشأنها.

ولم يتم الاكتفاء بذلك بل حاول المجتمع الدولي أن يضع قواعد موضوعية موحدة تسري على العلاقات التجارية الدولية تحل محل القوانين الوطنية، حيث يكون لهذه القوانين الوطنية مجالها في معاملات

التجارة الداخلية ولهذه القواعد الموحدة مجالها فـــي معـــاملات التجـــارة الدولية.

من أمثلة هذه القواعد الموضوعية الدولية الموحدة ما تم وضعه في الاعتماد المستندي وعقود الإنشاءات الهندسية وخطابات الضمان وعقد بيع البضائع الدولي والبيوع البحرية وعقد النقل البحري وعقد النقل الجـــوي والأوراق التجارية وقواعد التحكيم وغيرها. وقد اهتمت بتوحيـــد أحكـــام التجارة الدولية سواء بتوحيد قواعد القانون الدولي الخاص أو وضع قواعد موضوعية موحدة لتنظيم علاقات تجارية دوليـــة معينـــة عـــدة هيئـــات وتنظيمات دولية منها غرفة التجارة الدولية بباريس والتي أنـــشئت عـــام ١٩١٩ ولجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي (اليونـــسترال) وهـــي اللجنة الدائمة التي أنشئت في ديسمبر ١٩٦٦؛ ومعهد روما لتوحيد القانون الخاص.

المقصود بقانون التجارة الدولية :

يقصد بقانون التجارة الدولية مجموعة القواعد القانونية التي تسري على العلاقات التجارية المتصلة بالقانون الخاص والتي تجري بين دولتين أو أكثر وقد تم وضع هذا التعريف الأمانة العامة لمنظمة الأمم المتحدة من خلال التقرير الذي أعدته بمناسبة إنشاء لجنة الأمم المتحدة لتوحيد قـــانون التجارة الدولية (اليونسترال).

يتضح من هذا التعريف أن قانون التجارة الدوليـــة يـــسري علـــى العلاقات التجارية المتصلة بالقانون الخاص، إذ يضع قواعد موضـــوعية

تخص العلاقات التي تتم بين الأشخاص (معنوية أو طبيعية) التي تنتمـــي لدول مختلفة في علاقاتهم الخاضعة للقانون الخاص وليس القانون العام.

فهذا القانون يسري إذا كان الاتفاق في مجـــال القـــانون الخـــاص لأطراف تنتمي إلى دولتين مختلفتين، أو إذا كان مكان الاتفـــاق أو مكـــان تنفيذه كله أو جزء هام منه واقعاً خارج الدولة التي ينتمي إليها الأطـــراف أو أن موضوع الاتفاق يرتبط ارتباط وثيق بهذا المكان.

هذا القانون هو عبارة عن القواعد والمبادئ العامة الـــسائدة فـــي المجتمع الدولي للتجار والتي تتحدد بصفة مستمرة مـــن خـــلال الهيئـــات والمنظمات والاتفاقيات والمعاهدات الدولية التـــي تهـــتم بتنظـــيم وحكـــم العلاقات القانونية الخاضعة للقانون الخاص بين أشخاص تنتمـــي لـــدول مختلفة سواء كان هذا الانتماء راجعاً للجنسية أو الموطن أو الإقامة.

هذا القانون وإن كان متعدد التكوين لاشتماله على قواعد قانونيـــة ومبادئ عامة وأعراف وعادات دولية إلا أنه غير متكامل حتى الآن ويبدو أنه لن يتكامل لسببين : أولا أنه يتضمن بعض جوانب العلاقات القانونيـــة التجارية الدولية، فهو لم يضع تنظيماً شاملاً لهذه العلاقات، ثانياً أن هـــذه العلاقات القانونية ذات الطابع التجاري الدولي متجددة دائماً ومتغيرة بتغير المجتمع الدولي.

لذلك سوف نتناول في هذه الدراسة بعض الجوانب الذي يتناولهـــا هذا القانون.

خطة الدراسة :

سوف نقسم هذه الدراسة إلى أربعة فصول، نتناول في الفصل الأول عقد النقل البحري، وفي الفصل الثاني عقد النقل الجوي، وفي الفصل الثالث الاعتماد المستندي، وفي الفصل الرابع خطابات الضمان المستقلة.

الفصل الأول

عقد النقل البحري للبضائع

تمهيـــد :

عقد النقل البحري من العقود ذات الطابع الدولي نظراً لارتباطه بالملاحة البحرية التي تقوم بها السفن، مما حدى بالمجتمع الدولي لوضـــع بعـــض القواعد القانونية المرتبطة بهذا العقد.

لذلك استعان المشرع المصري في قانون التجارة البحري رقـــم٨ لـــسنة ١٩٩٠ بالأحكام التي وضعتها اتفاقية بروكـــسيل عـــام ١٩٢٤ الخاصـــة بسندات الشحن والتي تم تعديلها بالبروتوكول الموقـــع فـــي ٢٣ فبرايـــر ١٩٦٨ والذي دخل حيز التنفيذ في يونيو ١٩٧٧، وتم تعـــديلها أيـــضاً : البروتوكول الموقع في ديسمبر ١٩٧٩ والذي دخل حيز التنفيذ في فبراير ١٩٨٤، كما استعان أيضاً باتفاقية هامبورج ١٩٧٨ وإن خالفها في بعض الأحكام كما سنرى وهذه الاتفاقية معروفة باتفاقية الأمـــم المتحـــدة لنقـــل البضائع بحراً والتي أعدتها لجنة قانون التجارة الدولية التابعة لهيئة الأمم المتحدة (اليونسترال).

والجدير بالذكر أن مصر انضمت إلى العديد من الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالنقل البحري، وتسري أحكام هذه الاتفاقيات عند توافر مجال تطبيقهـــا، ولا شك في أولوية سريان نصوص المعاهدات والاتفاقيات الدولية إذا وقع تعارض بينها وبين النصوص الوطنية وذلك وفقاً لقواعد القانون الـــدولي العام.

تقسيـــم : وسوف نقسم هذا الفصل إلى عدة مباحث كما يلي :

المبحث الأول : الأحكام المميزة لعقد نقل البضائع.

المبحث الثانـي : التزامات الشاحن.

المبحث الثالث : التزامات الناقل.

المبحث الرابع: مسئولية الناقل البحري.

المبحث الخامس : دعوى المسئولية.

المبحث الأول

الأحكام المميزة لعقد النقل البحري للبضائع

لبيان الأحكام المميزة لعقد النقل البحري للبضائع كان لزاماً علينا تعريف هذا العقد وبيان خصائصه وكيفية إثباته.

أولاً: تعريف عقد النقل البحري للبضائع :

يعرف عقد النقل البحري للبضائع بأنه العقد الذي يلتزم بمقتضاه الناقل بنقل البضائع من مكان إلى آخر بحراً مقابل أجر[١].

والمقصود بنقل البضائع بحراً هو نقلها عبر البحار من خلال السفينة القائمة بالملاحة البحرية سواء كان الناقل هو مالك السفينة أو مجهزها أو مستأجرها، فأحكام عقد النقل لا تقيم وزناً لصفة الناقل في علاقتة بالسفينة، فيستوي أن يكون مالكاً لها فور تجهيزها واستخدامها في نقل البضائع أو كان مستأجراً لها قرر تجهيزها أو استلمها مجهزة وقرر استغلالها في نقل البضائع[٢].

والمسألة هنا ليست مسألة قانونية بقدر ما هو أمر يرتبط بالواقع فيمن أبرم عقد النقل؟ هل هو المالك باعتباره مجهزاً للسفينة وقام باستغلالها أم هو مستأجر السفينة سواء قام باستئجارها مجهزة أو قام هو بتجهيزها، المهم فيما نرى من هو مستغل السفينة، فهو الذي يطلق عليه الناقل. في حالة النقل المقصود القائم على مراحل متعددة وفي أماكن بحرية مختلفة إذا كان العقد تم مع شخص واحد فإنه يعتبر اتفاقاً واحداً

---

(١) راجع المادة ١٩٦ من قانون التجارة البحري رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ .

(٢) راجع د/ محمود مختار بربري : قانون التجارة البحرية، دار النهضة العربية، ص ٣١٢ .

يخضع لأحكام القانون البحري حتى لو تم جزء من الملاحة في النهــر أو المياه الداخلية لأن العبرة في هذه الحالة بالجزء الغالب من الرحلة إذا كان قد تم في البحر، أما إذا تم التعاقد مع عدة ناقلين على عدة مراحل فإن كل عقد يعتبر مستقلاً ويخضع لأحكام الجزء الذي تم فيه، فإذا تم إبرام عقــد نقل بضائع تم في النهر أو في المياه الداخلية مع أحد الناقلين فإنه يخــضع لأحكام القانون التجاري، أما الجزء الآخر من الرحلة والذي تم إبرام عقد النقل مع ناقل آخر وكان ذلك وفقاً للملاحة البحرية فإن هذا العقد يخــضع لأحكام قانون التجارة البحرية أو المعاهدة الدولية التي تجد مجال تطبيقهــا سارياً على هذا العقد.

أما عقد النقل المركب والي يتم جزء منه في البر وجزء في البحر والآخر في الجو فإن كل جزء يخضع لقانونه سواء تم ذلك بعقد واحد مع أحد الناقلين أو بعقود متعددة مع عدة ناقلين، لذلك يجب تحديد أولاً الواقعة تمت في أي جزء لتحديد المسئولية والأحكام التي تخضع لها.

أطراف عقد النقل البحري للبضائع:

أطراف عقد النقل البحري هم الناقل والــشاحن والمرســل إليــه، فالناقل كماس بق أن ذكرنا قد يكون مالك الــسفينة أو مــستأجرها، أمــا الشاحن فهو من يقدم البضاعة لشحنها مقابل التزامه بــدفع الأجــرة إمــا بواسطته أو بواسطة المرسل إليه والذي يعتبــر أحــد أطــراف العلاقــة القانونية الناتجة عن عقد نقل البضائع بحراً.

المركز القانوني للمرسل إليه :

قد يكون الشاحن هو المرسل إليه، إذ قد يقـوم شـخص بـشحن البضاعة في ميناء معين على أن يقوم هو ذاته باستلامها في ميناء آخـر، وهنا لا توجد مشكلة حيث أن عقد النقل يقتـصر علـى طرفيـه الناقـل والشاحن الذي هو في ذات الوقت المرسل إليه.

وقد يكون المرسل إليه شخص آخر غير الشاحن، كأن يقوم شخص بشحن بضاعة في أحد المواني لكي يتسلمها شخص آخر في ميناء آخـر وسواء كان هذا الشخص المرسل إليه مذكور في سند الشحن أو ظهر إليه إذا كان سند الشحن إذني أو انتقل إليه بالتسليم إذا كان سند الشحن لحامله أو انتقل إليه السند عن طريق حوالة الحق، فإن سمة علاقة تـربط بـين المرسل إليه والناقل.

لذلك يمكن تعريف المرسل إليه بأنه الشخص الذي يتمتع بالـصفة القانونية في مطالبة الناقل بتنفيذ التزامه بتسليم البضاعة، وقد استقر الفقه والقضاء على أن المرسل إليه صاحب حق مباشر في مواجهـة الناقـل، وكذلك للناقل حق مباشر تجاه المرسل إليه، فكلاهما له الحق في الرجوع المباشر على الطرف الآخر.

ولقد اختلف الفقه حول الطبيعة القانونية للعلاقة بين المرسل إليـه والناقل، حيث ذهب جانب من الفقه إلى أن هذه العلاقة قائمة على نظرية الاشتراط لمصلحة الغير والتي تتمثل في أن المرسل إليه له حق مباشـر قبل الناقل بالرغم من أنه لم يكن طرفاً في بداية عقد النقل، أي أن الشاحن قد افترض أنه اشترط لمصلحة المرسل إليه عند التعاقد، وقد قبل الناقـل هذا الاشتراط بتنفيذه عقد النقل، غير ان هذا الاتجاه لم يسلم من النقد ذلك

أن الاشتراط لمصلحة الغير وإن جاز أن يرتب حقوقاً للمرسل إليه إلا أنه لا يجوز أن يرتب التزاماً على عاتقه كالالتزام بدفع الأجرة مثلاً أو استلام البضاعة عند الوصول، حيث تظل فكرة نسبية أثر العقد عقبه أمام هذا الاتجاه.

وذهب اتجاه آخر(١) إلى أن حق المرسل إليه تجاه الناقل يجد سنده في سند الشحن ذاته، حيث يعتبر المرسل إليه مالكاً للبضاعة منذ حيازته لسند الشحن حيث أن حيازة سند الشحن يمثل الحيازة الرمزية للبضائع في ذات الوقت، هذا بالإضافة إلى أن توقيع الربان على سند الشحن يجعله ملتزماً في مواجهة حامله الشرعي بالوفاء بالتزامه بالتسليم، كما أن علاقة المرسل إليه بالناقل تتحدد بما ورد في سند الشحن، وقد جاء قانون التجارة البحري رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ مؤكداً لذلك حيث قضت المادة (٢٢٣) على أنه "على الربان تسليم البضائع عند وصولها إلى الحامل الشرعي لسند الشحن أو من ينوب عنه في تسليمها" كما أشارت المادة (٢١٢/٤) على أنه "ويعطي إذن التسليم حامله الشرعي حق تسلم البضاعة، ورغم ما ذهب إليه هذا الاتجاه من تدعيم رأيه إلا أنه لم يسلم من النقد، ذلك لأن حيازة سند الشحن لا تثبت إلا أمراً واحداً هو الحق الشخصي لحائز السند في مطالبة الناقل بالتسليم، ويكون من حق الناقل الامتناع عن التسليم لمالك البضاعة حتى لو أفلح في إثبات ملكيته بكافة المستندات القاطعة ما

(١) راجع د/ علي جمال الدين عوض : الوسيط في القانون البحري، طبعة ١٩٧٢، رقم ٣٩٩، ٤٠٠، ود/ محمود سمير الشرقاوي، القانون البحري، ١٩٩٣، ص ٣٦٤ . ود/ سميحة القليوبي، الأسس القانونية للتجارة البحرية، دارا لنهضة العربية، ٢٠١١، ص ٢٦٣ .

دام عاجزاً عن تقديم سند الشحن للناقل، وتبرأ ذمة الناقل لو قام بتسليم البضاعة لحائز السند حتى لو تيقن أنه ليس المالك ما دام هو الحامل الشرعي للسند[١].

وقد نادى جانب من الفقه بتأسيس حق المرسل إليه على فكرة النيابة الناقصة[٢]، حيث أن الشاحن عند تعاقده مع الناقل إنما يكون بصفته أصيلاً عن نفسه ونائباً في ذات الوقت عن المرسل إليه. وهذا الرأي لم يسلم أيضاً من النقد فالشاحن عندما يتعاقد لا يتصور أنه يمثل نفسه وينوب عن المرسل إليه الذي قد لا يكون معروفاً أن ذاك ، كما أن هذا التفسير لا يستقيم عندما تتحدد شخصية الشاحن والمرسل إليه.

في حين ذهب جانب ليس بقليل من الفقه[٣] إلى تأييد نظرية ثلاثية أطراف عقد النقل لكي تتصرف آثار هذا العقد إلى المرسل إليه، حيث يعتبر المرسل إليه طرفاً في عقد النقل منذ لحظة إبرامه، فهذا العقد يحدد الشاحن والناقل والمرسل إليه وذكر المرسل إليه في أحد بيانات سند الشحن حتى ولو اتحد شخص الشاحن والمرسل إليه، لأن الجوهر توافر ثلاث مراكز قانونية لكل منها أحكامها الخاصة، فالشاحن عندما يقوم بالشحن يأخذ المركز القانوني للشاحن وعندما يتلقى الشحن يأخذ مركز المرسل إليه ويخضع للأحكام الخاصة بحقوق والتزامات المرسل إليه.

---

(١) راجع د/ محمود مختار بربري : المرجع السابق، ص ٣٥٦ .

(٢) د/ مصطفى كمال طه : القانون البحري، طبعة ١٩٨٠، رقم ٣٥٠ .

(٣) راجع د/ عبد الدافع موسى : القانون البحري، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥، ص ٢٣٩، أيضاً: د/ محمود مختار بربري، المرجع السابق، ص ٣٥٤ .

ونحن لا نميل لهذا الرأي ولا نؤيده لأن سند الشحن لحامله لا يذكر به اسم المرسل إليه، كما أن اتحاد شخصية الشاحن والمرسل إليه يؤدي إلى عدم وجود المرسل إليه من الناحية الفعلية والقانونية، فهذا الاتحاد الفعلي والقانوني يؤدي إلى وجود مركزين قانونيين فقط هما الناقل والشاحن وليس ثلاثة كما يذهب أصحاب هذا الرأي، أما ما ذهبت إليه محكمة النقض في أحد أحكامها[1]، من أن "المرسل إليه طرف في سند الشحن يتكافأ مركزه عندما يطالب بتنفيذ العقد ومركز الشاحن" إنما هو دليل على أن سند الشحن هو الذي يعطي للمرسل إليه مركزه القانوني تجاه الناقل.

ونحن نرى أن علاقة المرسل إليه بالناقل إنما تجد السند القانوني لها في تمثيل سند الشحن للبضاعة بصرف النظر عن كون حائز هذا السند مالكاً للبضاعة أم لا، حيث يتضح أيضاً من نص المواد ٢/٢٠٧، ٣/٢١٠ من قانون التجارة البحرية رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ أنهما يعتبران المرسل إليه من الغير إلى أن يتم استلام سند الشحن.

ثانياً: خصائص عقد النقل البحري للبضائع :

١ - عقد رضائي :

---

(1) نقض جلسة ١٩٧٣/٤/٣ – س٢٤ ص٥٥٩ ، أيضا نقض ١٩٨٩/١٢/٤ – طعن ١١١٤ س ٥٢ .

يعتبر عقد النقل البحري للبضائع من العقود الرضائية التي يكفي لانعقادها توافق الايجاب مع القبول، ورغم أن المشرع قرر أنه لا يثبت عقد النقل البحري إلى بالكتابة[1]، إلا أن استلزام الكتابة لا يعني أننا أمام عقد شكلي، وإنما تطلب المشرع ذلك لكي يلفت نظر المتعاقدين لأهمية هذا العقد وتفادي المنازعات التي يسببها العقد غير المكتوب مما يؤدي إلى تعطيل التجارة البحرية، وتطلب المشرع الكتابة لإثبات عقد النقل البحري للبضائع يعني أنه لا يجوز إثبات هذا العقد بالبينة أوالقرائن لأنها دليل أقل من الكتابة، وبالتالي لا يستطيع أي طرف إثبات هذا العقد إلا بالكتابة أو ما يقوم مقام الكتابة في قوة الدليل مثل الإقرار أو اليمين.

٢ - عقد النقل البحري للبضائع من العقود الملزمة للجانبين

فهذا العقد يرتب التزامات وحقوق متبادلة بين طرفيه، فهو يرتب التزامات وحقوق للناقل، والتزامات وحقوق للشاحن، لذلك يخضع هذا العقد لأحكام العقود الملزمة للجانبين خاصة أحاكم الفسخ والدفع بعدم التنفيذ[2].

٣ - تجارية العقد :

يعتبر عقد النقل البحري للبضائع تجارياً بالنسبة للناقل، حيث نصت المادة ٦ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أنه "يعد أيضاً عملاً تجارياً كل عمل يتعلق بالملاحة التجارية البحرية.. – النقل البحري..."، أما بالنسبة للشاحن فإن النقل لايعتبر تجارياً إلا إذا كان تاجراً أو كان العقد مرتبطاً بعمل تجاري أياً كان صفة الشاحن سواء كان تاجراً أو غير تاجر.

---

(١) المادة ١٩٧ من قانون التجارة البحري رقم ٨ لسنة ١٩٩٠.

(٢) د/ سميحة القليوبي : المرجع السابق، ص ٢٢٧ .

ثالثاً: إثبات عقد النقل البحري للبضائع :

سبق أن ذكرنا أن عقد نقل البضائع بحراً إنما هو من العقود الرضائية، وتطلب المشرع الكتابة لإثبات هذا العقد إنما هو استثناء من الأصل العام في إثبات الالتزامات التجارية.

بيد أن الكتابة إذا كانت سنداً لإثبات عقد النقل البحري للبضائع إلا أنها ليست شرطاً لصحة العقد وليست ركناً من أركان هذا العقد لذلك لا يترتب على إغفالها البطلان، وإنما يجوز إثبات العقد بما يقوم مقام الكتابة كالإقرار أو اليمين، وعلى ذلك فإن صدور أي إيصالات أو فواتير من جانب أحد الأطراف أو نقص بيانات السند قد يعد مبدأ ثبوت بالكتابة، وفي حالة تبادل للرسائل أو البرقيات فهذا كاف لإثبات العقد[1].

ولما كانت الكتابة في عقد النقل البحري للبضائع تأخذ غالباً صورة سند شحن فقد نظم المشرع المصري أحكام سند الشحن في المواد من (١٩٩-٢١٣ بحري) وهي مأخوذة من معاهدة بروكسيل عام ١٩٢٤ ولخاصة بتوحيد بعض الأحكام المتعلقة بسندات الشحن، واتفاقية الأمم المتحدة لنقل البضائع بحراً والمعروفة باتفاقية هامبورج عام ١٩٧٨، وقد انضمنت مصر إلى هذه الاتفاقيات، وفي ذلك ذهبت محكمة النقض[2] إلى أن "انضمام مصر إلى المعاهدة الدولية الخاصة بسندات الشحن الموقعة ببروكسيل في ١٩٢٤/٨/٢٥ وصيرورتها تشريعاً نافذ المفعول فيها

---

(1) د/ محمود مختار بربري : المرجع السابق، ص٣١١ .

(2) الطعن رقم ٢٣١٧ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٦/٢/٨، الطعن رقم ٩٨٣ لسنة ٤٩ ق – جلسة ١٩٨٤/٢/٦، الطعن رقم ٧٨٨ لسنة ٥٢ ق – جلسة ١٩٨٧/٤/١٣ .

بموجب المرسوم بقانون الصادر في ١٩٤٤/١/٣١، مؤداه، افتراض علم القاضي بمضمونها وعدم إلقاء عبء إثباته على عاتق المتمسك به".

تعريف سند الشحن :-

سند الشحن هو صك يثبت شحن البضاعة واستلزم الربان لها، كما أنه يثبت عقد النقل ذاته، ويمثل البضاعة وله حجية في البيانات الواردة به.

إذ يصدر الناقل بناء على طلب الشاحن عند تسلم البضاعة سند شحن، ويجوز للناقل أن يسلم الشاحن إيصالاً بتسلم البضائع قبل شحنها، ويستبدل سند الشحن بهذا الإيصال بناء على طلب الشاحن بعد وضع البضائع في السفينة، وللشاحن أن يطلب من الناقل أو ممن ينوب عنه وضع بيان على سند الشحن يفيد حصول الشحن فعلاً على سفينة أو سفن معينة على بيان تاريخ الشحن[١].

وظائف سند الشحن :

١ - سند الشحن أداة إثبات واقعة شحن البضاعة ودليل تسلم الربان لها :

يعتبر سند الشحن الأداة المثبتة لاستلام الربان البضاعة على ظهر السفينة ومن ثم يحرر عادة بعد أن يتم الشحن فعلا، ويوقعه الربان بما يفيد تسلمه البضاعة والبدء في تنفيذ عقد النقل، وإصدار سند الشحن ليس أمراً إلزامياً وإنما متروك لإرادة الشاحن قد يطلب إصداره أو لا يطلبه، ولكن إذا طلب

---

(١) راجع المادة ١٩٩ من قانون التجارة البحري رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ .

الشاحن إصدار سند الشحن تحتم على الناقل إصداره ويسأل إذا تأخر في ذلك أو رفضه[1].

٢ - سند الشحن وسيلة إثبات عقد النقل

يعتبر سند الشحن إحدى وسائل إثبات عقد النقل بالكتابة وهو يحدد التزامات الناقل والشاحن عند عدم تحرير مشارطة إيجار، وسند الشحن يكفي لإثبات عقد النقل حيث تحرر متضمناً كافة البيانات الخاصة بعقد النقل ذاته، وأصبح السند يقوم مقام شارطة الإيجار في عقود تأجير السفينة، بل أصبح سند الشحن الوسيلة الأولى لإثبات عقد النقل[2].

٣ - سند الشحن يمثل البضاعة المشحونة

سند الشحن يمثل البضاعة ومن ثم يؤدي نقل سند الشحن من شخص إلى آخر إلى نقل حيازة البضاعة ذاتها وانتقال حيازتها إلى الشخص الآخر، ونقل ملكية سند الشحن يؤدي إلى نقل الحق في تسلمها لمن انتقل إليه السند، فمن يحوز سند الشحن يحوز البضاعة حيازة رمزية. كما أن سند الشحن يعد أداة لرهن البضائع التي يمثلها[3]، حيث يعد سند الشحن في هذه الحالة أداة ائتمان يمثل البضاعة المشحونة ويقوم مقامها بحيث تندمج البضاعة في سند الشحن ويعتبر حامله بمثابة حائز للبضاعة، أما ملكية البضاعة فهي شأن آخر.

شكل سند الشحن :

---

(١) راجع د/ محمود مختار بربري : المرجع السابق، ص ٣١٨ رقم ٣١٤ .

(٢) راجع د/ علي جمال الدين عوض : المرجع السابق، رقم٩٧٦ .

(٣) د/سميحة القليوبي : المرجع السابق، ص ٢٢٨ رقم ١٧٤ .

نصت المادة ١/٢٠٣ من قانون التجارة البحرية رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ على أن "يحرر سند الشحن باسم شخص معين أو لأمره أو لحامله" يتضح من ذلك أن سند الشحن له ثلاثة صور :

١ - سند الشحن الاسمي :

وهو سند يصدر باسم شخص معين ولا يجوز نقل الحق الثابت في هذا السند إلا من خلال حوالة الحق، حيث يجب قبول الناقل لها أو إعلانه رسمياً بها ، وفي ذلك تنص المادة ٢/٢٠٣ من قانون التجارة البحري على أن "يكون النزول عن سند الشحن الاسمي باتباع القواعد المقررة بشأن حوالة الحق". وفي الغالب لا يكون سند الشحن اسمياً إلا إذا كان الشاحن والمرسل إليه شخصاً واحداً.

٢ - سند الشحن الإذني أو لأمر

ويكون هذا السند لإذن أو لأمر شخص معين، ويتم نقل الحق الثابت في هذا السند عن طريق التظهير، ويعتبر مجرد توقيع حامل السند على ظهره بمثابة تظهير ناقل للملكية وتسري على هذا التظهير أحكام قانون التجارة فيما يتعلق بتضامن المظهرين وضمان تسليم البضاعة وقاعدة تطهير الدفوع. ويجوز تظهير سند الشحن تظهيراً توكيلياً بحيث يكون المظهر إليه حامل السند مجرد وكيل عن مالك البضاعة في استلامها لحسابه، وإذا كان تظهير سند الشحن توكيلياً فإنه يجوز للربان التمسك في مواجهة حامل السند بكل الدفوع التي يمكن التمسك بها في مواجهة الشاحن المظهر[١].

---

(١) د/ سميحة القليوبي : المرجع السابق، ص ٢٣٠، رقم ١٧٥ .

٣- سند الشحن لحامله

قد يصدر سند الشحن لحامله حيث يتداول هذا السند بالمناولة أي بالتسليم من يد إلى يد، حيث يعتبر ذلك كافياً لنقل الحق الثابت في السند وحيازة البضاعة واستلامها من الربان، ولكن السند لحامله قد يمثل خطورة في حالة ضياعه ، حيث يحق لحائز هذا السند استلام البضاعة من الربان، وإن كان من حق الربان التحقق من الحيازة الشرعية لسند الشحن. وقد نصت المادة (٢٠٤) من قانون التجارة البحرية على أن "يكون حاملاً شرعياً لسند الشحن المبين اسمه فيه أو المحال إليه إن كان السند اسمياً، وحامله إن كان السند لحامله أو مظهراً على بياض والمظهر إليه الأخير إن كان السند للأمر وذكر فيه اسم المظهر إليه".

بيانات سند الشحن :

تنص المادة ٢٠٠ من قانون التجارة البحرية على البيانات الواجب توافرها في سند الشحن وهي على وجه الخصوص ما يلي :

أ – اسم كل من الناقل والشاحن والمرسل إليه وعنوان كل منهم.

ب- صفات البضاعة كما دونها الشاحن، وعلى الأخص طبيعتها، وعدد الطرود ووزنها أو حجمها أو العلامات المميزة الموضوعة عليها وحالتها الظاهرة بما في ذلك حالة الأوعية الموضوعة فيها.

ج- اسم السفينة إذا صدر السند وقت إجراء الشحن أو بعد إجرائه .

د- اسم الربان.

هـ- ميناء الشحن وميناء التفريغ.

و- أجرة النقل إذا كانت مستحقة بكاملها عند الوصول أو الجزء المستحق منها.

ز- مكان إصدار السند وتاريخ إصداره وعدد النسخ التي حررت منه.

ح- حصول النقل على سطح السفينة إذا كان يجري بهذه الكيفية.

يتضح مما سبق أن بيانات سند الشحن يمكن حصرها وتجميعها في ثلاثة بيانات رئيسة وهي :

أولاً: بيانات أطراف عقد النقل :

حيث يجب أن يتضمن سند الشحن اسم الناقل والشاحن أما المرسل إليه فإن ذلك يتوقف على شكل سند الشحن كما يجب ذكر عنوان أطراف عقد النقل، كما يستلزم الأمر ذكر اسم الربان وميناء الشحن وميناء التفريغ، أيضاً من البيانات المتعلقة بأطراف عقد النقل مكان إصدار سند الشحن وتاريخ إصداره وعدد النسخ التي حررت منه، وأجرة النقل إذا كانت مستحقة بكاملها عند الوصول أو الجزء المستحق منها، أما عدم ذكر الأجرة في سند الشحن فإنه يعد قرينة على قبض الناقل لها بكاملها عند الشحن، ولا يجوز إثبات ما يخالف ذلك في مواجهة الغير الذي لا يعلم وقت حصوله على السند أن الأجرة أو جزءاً منها لا يزال مستحقاً، ويعتبر المرسل إليه الذي صدر السند باسمه أو لأمره من الغير إلا إذا كان هو الشاحن نفسه.

ثانياً: بيانات البضاعة المسلمة :

يتضمن سند الشحن صفات البضاعة كما دونها الشاحن، وعلى الأخص طبيعتها وعدد الطرود ووزنها أو حجمها أو العلامات المميزة

الموضوعة عليها وحالتها الظاهرة بما في ذلك حالة الأوعية الموضـــوعة فيها، ويجب ذكر ما إذا كان النقل على سطح السفينة إذا كان يجري بهذه الكيفية، ويجب أن تكون العلامات الموضوعة على البضائع كافية لتعيينها وأن توضع بحيث تبدو قراءتها ممكنة حتى نهاية الرحلة[1].

وإذا كانت البضاعة خطرة أو قابلة للالتهاب أو الانفجـــار وجـــب على الشاحن أن يخطر الناقل بذلك، وأن يضع بياناً على البضاعة للتحذير من خطورتها، بياناً بكيفية الوقاية منها كلما كان ذلك مستطاعاً[2].

ويكون الشاحن مسئولاً قبل الناقل عن تعويض الضرر الذي ينـــشأ عن عدم صحة البيانات التي قدمها عن البضاعة ولو نزل عن سند الشحن للغير [3].

ثالثاً: بيان عن السفينـــة :

يتضمن سند الشحن أيضاً اسم السفينة التي تم شحن البضاعة عليها وإلا إذا لم يذكر اسم السفينة فإن ذلك يعد قرينة على أن البضاعة لم يـــتم شحنها وأن هذا السند إنما يعد سند لأجل الشحن[4]، وللشاحن استبدال هذا السند لأجل الشحن بسند شحن يتضمن اسم السفينة، ولكن إصـــدار ســـند لأجل الشحن لا يعني أنه باطل أو أن الناقل يجب عليـــه أن يمتنـــع عـــن إصدار هذا النوع من السندات، بل إن هذا السند يعد صحيحاً ويقع علـــى

([1]) راجع المادة ٢٠١ من قانون التجارة البحرية رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ .

([2]) راجع المادة ٢/٢٠٥ من قانون التجارة البحرية رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ .

([3]) راجع المادة ٢٠٦ من قانون التجارة البحرية رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ .

([4]) د/ محمود مختار بربري : المرجع السابق، ص٣٢٠ رقم ٣١٥ .

الشاحن عبء تصحيح الوضع وأن يطلب من الناقل إصدار سند شحن يتضمن اسم السفينة حتى يستطيع تتبع وصول البضاعة واستلامها.

عدد نسخ سند الشحن :

يحرر سند الشحن من نسختين، تسلم إحداهما إلى الشاحن وتبقى الأخرى لدى الناقل ويذكر فيها أنها غير قابلة للنزول عنها، ويوقع الناقل أو من ينوب عنه النسخة المسلمة للشاحن ويكون التوقيع بالكتابة أو بأي وسيلة أخرى تقوم مقام الكتابة، وتعطي هذه النسخة لحاملها الشرعي الحق في تسلم البضاعة والتصرف فيها، ويجوز أن تحرر من سند الشحن بناء على طلب الشاحن عدة نسخ، وتكون كل نسخ موقعة ويذكر فيها عدد النسخ التي حررت وتقوم كل نسخة مقام الأخرى، ويترتب على تسليم البضائع بمقتضى إحداها اعتبار النسخ الأخرى ملغاة بالنسبة إلى الناقل(١).

هذه البيانات الواردة في سند الشحن لا يترتب على إهمال ذكر بعضها بطلان السند وإنما لا يستطيع السند أن يقوم بدوره في الإثبات إلا في نطاق البيانات التي يتضمنها(٢)، أما إذا كان النقص في البيانات المتعلقة بأوصاف البضاعة فإن ذلك يؤدي إلى عدم قيام السند باعتباره يمثل البضاعة ومن ثم يصعب التعامل على البضاعة أثناء وجودها في الطريق إذا كانت هذه البيانات كاملة.

حجيـــة سند الشحن :

---

(١) المادة٢٠٢ من قانون التجارة البحرية رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ .

(٢) راجع د/ ثروت عبد الرحيم : القانون البحري المصري، ص ١٥٣.

لا تقتصر وظائف سند الشحن على إثبات عقد النقل وإثبات تسلم الربان للبضاعة وتمثيل السند للبضاعة وإنما يضاف إلى ذلك حجية البيانات التي يشملها السند سواء فيما بين الناقل والشاحن أو في علاقة الناقل بالغير ومنهم المرسل إليه.

ففي العلاقة بين الناقل والشاحن تكون حجية سند الشحن فيما يشمله من بيانات حجية نسبية يجوز إثبات عكسها، حيث يحق لكل منهما إثبات ما يخالف هذه البيانات، كان يثبت مثلاً الناقل أنه لم يتسلم البضاعة بالوصاف المذكورة في السند أو أن الكمية المذكورة ليست هي الحقيقة كما يستطيع الشاحن أن يثبت أن مكان تسليم البضاعة يختلف عما هو مذكور في السند أو أن الأجرة تم الوفاء بجزء منها.

أما في العلاقة بين الناقل والغير حسن النية ومنهم المرسل إليه حيث اعتبره المشرع من الغير[1] فإن سند الشحن له حجية مطلقة لا يجوز بمقتضاه قيام الناقل بإثبات ما يخالف البيانات المدونة في السند أمام الغير، فلا يستطيع الناقل الادعاء أو إثبات أن أوصاف البضاعة المذكورة في السند ليست هي الحقيقة أو أن ميعاد وصول البضاعة ليس هو المتفق عليه في السند أو أن الأجرة الغير مذكورة في السند لم يتم دفعها أو غير ذلك من البيانات، فالسند له حجية مطلقة على الناقل أمام الغير لا يستطيع إثبات خلاف أو عكس ما هو مدون به، على خلاف الحال بالنسبة للغير ومنهم المرسل إليه حيث يحق له إثبات عكس أو خلاف البيانات الواردة في السند بكافة طرق الإثبات، ولا يستفيد من هذه الحماية سوى الغير

([1]) راجع المادة ٢٠٧ من قانون التجارة البحري رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ .

حسن النية الذي لا يعلم بحقيقة البيانات الأصلية أو بحقيقة العلاقة بين الناقل والشاحن.

نستخلص مما سبق أن سند الشحن يعد دليلاً على تسلم الناقل البضاعة من الشاحن بالحالة المبينة فيه، وإذا كان سند الشحن مشتملاً على البيانات السابق ذكرها والمنصوص عليها في المادة ٢٠٠ من قانون التجارة البحري عد دليلاً على شحن البضاعة في السفينة أو في السفن المعينة البيان وفي التاريخ المذكور فيه، كما يعد سند الشحن حجة في إثبات البيانات التي يشتمل عليها، وذلك فيما بين الناقل والشاحن وبالنسبة إلى الغير، ويجوز في العلاقة بين الناقل والشاحن إثبات خلاف الدليل المستخلص من سند الشحن وخلاف ما ورد به من بيانات، ولا يجوز في مواجهة الغير حسن النية إثبات خلاف الدليل المستخلص من السند أو خلاف ما ورد به من بيانات، ويجوز ذلك لهذا الغير، ويعتبر المرسل إليه الذي صدر السند باسمه أو لأمره من الغير حكم هذه المادة إلا إذا كان هو الشاحن نفسه[1].

سند الشحن النظيف :

نظراً لعدم قيام الربان بالتحقق من البضاعة المسلمة له لضيق الوقت أو عدم وجود الوسائل اللازمة لتحققه من هذه البضاعة، جرت العادة على قيام الربان بوضع تحفظات على سند الشحن كأن ينص على أن البضاعة غير معتمدة أو مجهولة البيانات سالفة الذكر بمعرفة الشاحن.

---

[1] راجع المادة ٢١٠ من قانون التجارة البحري رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ .

ولم يجز القانون للناقل إبداء هذه التحفظات إلا في حالتين، الأولى إن كان لديه أسباب جدية للشك في صحة البيانات ولم يكن لديـــه الوقـــت الكاف لنفي هذا الشك أو التحقق منه، والثانية إذا لم تكـــن لـــدى الناقـــل الوسائل العادية والكافية للتأكد منها (مادة ١/٢٠٥ بحري) .

ولكن ومما لا شك فيه أن تضمين التحفظات في سند الشحن تعيق تداوله وتقلل من فرض منح ائتمان للشاحن بموجب هذا السند.

لذلك يتم الاتفاق بين الشاحن والناقل على إصدار سند شحن نظيف طال من التحفظات مقابل أن يصدر الشاحن للناقل خطاب ضمان يثبت فيه التحفظات التي يطلب الناقل إدراجها في السند ولكنها لم تدرج به استجابة للشاحن في إصدار سند شحن نظيف، ويتعهد الشاحن بموجب هذا الخطاب تحمل وضمان النتائج التي تترتب على عدم مطابقة البضاعة عند تسليمها للناقل للبيانات الواردة بسند الشحن والتي أدلى بهـــا الـــشاحن وذلـــك إذا تعرض الناقل للمطالبة من الغير ومنهم المرسل إليه بالتعويض.

بهذا السند النظيف يستطيع الشاحن نقل الحق الثابـــت فـــي الـــسند بتداوله، والحصول على الائتمان من البنوك، كما أن سند الشحن النظيـــف بجانب خطاب الضمان يسهل عملية النقل البحري التي تتطلب السرعة في إجرائها حيث أنها تطمئن الناقل إلى حالة البضاعة دون أن يقوم بفحصها

على وجه السرعة ودون مراعاة الدقة في عملية الفحص نظـــراً لـــضيق الوقت أو عدم توافر الوسائل اللازمة لعملية الفحص[١].

وفي ذلك تنص المادة ١/٢٠٥ من قانون التجارة البـــري رقـــم ٨ لسنة ١٩٩٠ على أن "يقدم الشاحن كتابة البيانات المتعلقة بالبضائع عنـــد تسليمها إلى الناقل، وتقيد هذه البيانات في سند الـــشحن، وللناقـــل إبـــداء تحفظات على قيدها إن كان لديه أسباب جدية للشك في صحتها أو لم يكن لديه الوسائل العادية للتأكد منها، وتذكر أسباب التحفظ على قيد البيانـــات في سند الشحن".

وأضافت المادة ١/٢٠٧ من ذات القانون أن "كل خطاب ضمان أو اتفاق يضمن بمقتضاه الشاحن تعويض الناقل عن الإضرار التي تنتج عن إصدار سند شحن خال من أي تحفظ على البيانات الواردة به، لا يحتج به قبل الغير الذي لا يعلم وقت حصوله على السند بعدم صحة تلك البيانات.

والجدير بالذكر أن صحة خطابات الضمان هذه وعـــدم بطلانهـــا يتوقف على كونها لا تحتوي على غش، كما إذا حررها الشاحن وهو يعلم بحقيقة البضاعة وأنها لا تطابق بيانات السند، ووافق الربان علـــى ذلـــك وقبلها وهو يعلم بحقيقة البضاعة المشحونة، إذ في مثل هذه الحالة يحـــق للغير الرجوع على الناقل والشاحن بالتعويض.

أذون التسليـــم :

---

(١) راجع د/ ثروت عبد الرحيم : المرجع السابق، ص ١٥٦، أيضاً د/ سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص ٢٣٩، د/ محمود مختار بربري :المرجع السابق ص ٣٢٥، د/ عبد الرافع موسى، المرجع السابق، ص ٢٥٧ .

يجوز لكل من له حق في تسلم بضائع بموجب سند شحن كأن يكون السند انتقل إليه بموجب حوالة حق أو تظهير أو مناولة أن يطلب من الناقل إصدار أذون تسليم تتعلق بكميات منها بشرط أن ينص على ذلك في سند الشحن، وفي الغالب يتم ذلك إذا كانت كمية البضاعة كبيرة ويتم بيعها لأكثر من شخص حيث توزع عليهم أذونات التسليم عندما تصل البضاعة في ميناء الوصول.

وتصدر أذون التسليم باسم شخص معين أو لأمره أو لحامله ويوقعها الناقل وطالب الإذن. وإذا كان سند الشحن قابلاً للتداول وجب أن يذكر فيه الناقل بياناً عن أذون التسليم التي أصدرها والبضائع المبينة بها، وإذا وزعت الشحنة بأكملها بين أذون تسليم متعددة وجب أن يسترد الناقل سند الشحن ويجب على الربان أن يتحقق من أن أذون التسليم تقدم من حامله الشرعي والذي بموجبه له حق تسلم البضاعة المبينة به.

المبحث الثاني

التزامات الشاحن

تنفيذ عقد النقل يلقي بالتزامات على عاتق الشاحن والناقل، حيث يلتزم الشاحن بتسليم البضاعة للناقل والالتزام بدفع أجرة النقل، وسوف نوضح ذلك فيما يلي :

أولاً: **التزام الشاحن بتسليم البضاعة** :

يلتزم الشاحن بتسلم البضاعة للناقل وفقاً للبيانات والأوصاف المتفق عليها وذلك حتى تتناسب مع طبيعة وتجهيزات السفينة التي تقوم بالنقل، إذ يقوم الناقل بإعداد السفينة وتجهيزها بما يلزم لتكون صالحة للملاحة ولتنفيذ السفر المتفق عليه ونقل نوع البضاعة التي تشحن فيها، وعلى الربان إعداد أقسام السفينة المخصصة للشحن لتكون صالحة لوضع البضاعة فيها وحفظها.

كما يلتزم الشاحن بتسليم البضاعة للربان في الزمان والمكان المتفق عليه في عقد النقل، فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان العرف السائد في ميناء الشحن هو الواجب التطبيق لتحديد زمان ومكان تسليم البضاعة.

إذا خالف الشاحن في هذا الالتزام كان عليه تعويض الناقل عن الضرر الناتج عن هذا الإخلال، لأن عدم التزام الشاحن بمواعيد تسليم البضاعة أو مكان تسليمها قد يؤدي إلى تعطيل الرحلة البحرية، وقد يؤدي إلى عدم قيام الناقل بالتعاقد مع أشخاص آخرين كانوا أولى بمثل هذا

التعاقد، لذلك قرر المشرع أحقية الناقل في التعويض إذا أصـــابه ضـــرر ولكن بشرط ألا تزيد قيمة التعويض الذي يستحق عن التأخير في تنفيذ هذا الالتزام على مقدار الأجرة، والمشرع يخاطب الطرفين في حالة الاتفـــاق على مقدار التعويض أو قاضي الموضوع إذا تم الالتجاء إليه لتقديره.

وقد أشارت إلى ذلك المادة ٢١٨ من قانون التجارة البحري رقم ٨ لسنة ١٩٩٠- حيث نصت على أنه "على الشاحن تسليم البضائع للناقل في الزمان والمكان المتفق عليها أو اللذين يقضي بهما العرف السائد في ميناء الشحن – إذا لم يوجد اتفاق على غير ذلك – ولا يجوز أن تزيـــد قيمـــة التعويض الذي يستحق عند التأخير في تنفيذ هذا الالتـــزام علـــى مقـــدار الأجرة.

وبمجرد قيام الربان باستلام البضاعة فإنه يقدم للشاحن دليل استلام البضاعة وهو سند الشحن.

ثانياً: **الالتزام بدفع أجرة النقل** :

يلتزم الشاحن بدفع الأجرة والغالب أن يتم ذلك في ميناء الـــشحن، ولكن قد يتفق على أن الأجرة تدفع في ميناء الوصول حيث يلتزم بأدائهـــا في هذه الحالة من له الحق في استلام البضاعة، فإذا كانت الأجرة مستحقة في ميناء الوصول يجب ذكر ذلك في سند الشحن، وإلا لا يستطيع الناقـــل الاحتجاج أمام من يتسلم البضاعة باستحقاقها وعـــدم دفعهـــا فـــي مينـــاء الشحن، حيث يفترض في هذه الحالة أن الناقل قد قبض الأجرة بالكامـــل عند الشحن.

وقد أشارت إلى هذه الأحكام المادة ٢١٩ من قانون التجارة البحري في فقرتها الأولى حيث نصت على أن "يلتزم الشاحن بأداء أجرة النقــل، وإذا كانت الأجرة مستحقة الأداء عند الوصول، التزام أيضاً بأداءها من له حق في تسليم البضاعة إذا قبل تسليمها" وأضافت الفقرة الثانية مــن ذات المادة أنه "إذا لم يذكر في سند الشحن مقــدار الجــرة المــستحقة عنــد الوصول، افترض أن الناقل قبض الأجرة بكاملها عند الشحن، ولايجــوز إثبات ما يخالف ذلك في مواجهة الغير الذي لا يعلم وقت حصوله علــى السند أن الأجرة أو جزءاً منها لا يزال مستحقاً، ويعتبر المرسل إليه الذي صدر السند باسمه أو لأمره من الغير في حكم هذه المادة إلا إذا كان هــو الشاحن نفسه".

وإذا وجد الربان في السفينة قبل السفر بضائع غير مذكورة في سند الشحن أو في إيصال تسلم البضاعة أو تبين له عدم صحة البيانات المتعلقة بها جاز له إخراجها من السفينة في مكان الشحن أو إبقاؤها فيهــا ونقلهــا بأجرة تعادل ما يدفع لبضائع من نوعها في المكان المذكور وذلك مع عدم الإخلال بما يستحق من تعويض[١]، وذلك إذا ما ســببت هــذه البــضاعة ضرراً للناقل كأن يكون قد تحمل أعباء إضافية أو قام تابعيه بعمل إضافي لترتيب هذه البضاعة أو قام بنقل بضائع أخرى من مكانها حتى تتناســب مع مكان الشحن أو غير ذلك من الإضرار التي تسببها بضائع موضوعة في السفينة دون أن يعلم بوجودها تبعاً.

---

(١) المادة ١/٢٠٨ من قانون التجارة البحري رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ .

وإذا تبين للربان وجود هذه البضاعة أثناء السفر جاز له إلقائها في البحر إذا كان من شأنها إحداث أضرار للسفينة أو البضائع المشحونة فيها أو للركاب أو طاقم البحارة أو كان نقلها يستلزم دفــع غرامـــات أو أداء مصروفات تزيد على قيمة البضاعة أو كانت من البــضائع المحرمـــة أو الممنوعة[1].

وإذا وضع الشاحن في السفينة بضائع خطرة أو قابلة للالتهـــاب أو الانفجار، جاز للناقل في كل وقت إخراجها من السفينة أو إتلافها أو إزالة خطورتها، ولا يسأل الناقل عن ذلك إذا أثبت أنه ما كان ليرضى بـــشحنها في السفينة لو علم بطبيعتها، ويسأل الشاحن عن الأضرار والمــصروفات التي تنشأ عن وضع هذه البضائع في السفينة[2].

وإذا كان الناقل يعلم بطبيعة هذه البضائع وأذن بشحنها فلا يجوز له بعد ذلك إخراجها من السفينة أو إتلافها أو إزالة خطورتها إلا إذا صارت خطورتها تهدد السفينة أو الشحنة، وفي هذه الحالة لا يتحمــل الناقــل أي مسئولية إلا ما يتعلق بالخسارات البحرية المشتركة عند الانقضاء[3]، مـــع مراعاة أن الناقل يستحق أجرة عن هذه البضائع.

طرق تحديد أجرة النقل :

تتحدد الأجرة باتفاق الطرفين حسب الوزن أو الحجم أو العـــدد او القطعة وقد تتحدد الأجرة بالمرحلة إذا تم تأجير السفينة بمشارطة إيجـــار

---

(1) المادة ٢/٢٠٨ من قانون التجارة البحري رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ .

(2) المادة ١/٢٠٩ من قانون التجارة البحري رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ .

(3) المادة ٢/٢٠٩ من قانون التجارة البحري رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ .

بالمرحلة ، وتتحدد على حسب المدة أو الزمن وذلك في مشارطة الإيجار محددة المدة أو الزمنية، فإذا لم يتفق الطرفين على الأجرة فإنها تحدد على أساس العرف المتبع في ميناء الشحن، فإذا لم يوجد عرف قـــام القاضـــي بتحديدها.

أثر القوة القاهرة على استحقاق الناقل للأجرة :

ما أثر القوة القاهرة على استحقاق الناقل للأجرة، في هذه الحالـــة نفرق بين ما إذا كانت القوة القاهرة أدت إلى هلاك البضاعة أو تلفهـــا أو التأخير في وصولها. ففي حالة الهلاك الكلي وهو عدم وصول البـــضاعة كلياً، فإن الناقل لا يستحق أجرة، إذ يكفي الشاحن فقد البضاعة ويفقد الناقل أجرته، فإذا كان الهلاك جزئي استحق الناقل جزء مـــن الأجـــرة يعـــادل البضائع التي وصلت[1].

أما في حالة التلف وهو وصول البضاعة لكنهـــا تالفـــة أي غيـــر صالحة فيما أعدت له فإن الناقل يستحق أجرته كاملة سواء كان التلف كلي أو جزئي حيث أن البضائع وصلت كاملة لكنها تالفة بفعل القوة القـــاهرة وهي من الأمور التي يتحملها الـــشاحن ويعفـــي بموجبهـــا الناقـــل مـــن المسئولية.

وكذلك في حالة التأخير في وصول البضائع حيث يحصل الناقـــل على أجرته كاملة في حالة القوة القاهرة ويعفي بالتبعية من المسئولية.

---

(١) راجع المادة ٢٢١ من قانون التجارة البحري رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ .

استحقاق الأجرة في جميع الأحوال :

يجوز الاتفاق بين الناقل والشاحن على استحقاق الأجرة في جميـــع الأحوال وأياً كانت الحوادث سواء منها ما تعلق بالـــسفينة أو الـــشحنة أو الملاحة البحرية فإذا وجد مثل هذا الاتفاق يلتزم الشاحن أو المرسل إليه – حسب الأحوال – يدفع الأجرة كاملة[1].

(1) المادة ١/١٩٤ من قانون التجارة البحري رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ .

المبحث الثالث

التزامات الناقل

يلتزم الناقل بتجهيز السفينة وإعدادها للرحلة البحرية، كما يلتــزم باستلام البضاعة وشحنها ورصها، كما يلتزم بالمحافظة على البضاعة من تاريخ استلامه لها حتى تسليمها إلى المرسل إليه، كمــا يلتــزم بتفريــغ البضاعة وهي عملية مادية ثم عليه القيام بتسليم البضاعة إلى المرسل إليه وهي عملية قانونية، وسوف نوالي شرح هذه الالتــزام علــى التفــصيل والترتيب التالي :

أولاً: **التزام الناقل بتجهيز السفينة وإعدادها للرحلة البحرية** :

يلتزم الناقل بتجهيز السفينة من المؤون والوقود والمعدات اللازمة للرحلة البحرية، كما عليه الاستعانة بطاقم البحارة اللازم المؤهل والكاف للقيام بالرحلة البحرية مع الاستعانة بما هو متخصص فــي نقــل نوعيــة البضاعة المراد شحنها، كما يلتزم الربان بصيانة السفينة وجعلها صــالحة للملاحة البحرية وتجميع وتجهيز جميــع الأوراق والمــستندات اللازمــة للرحلة البحرية سواء متعلقة بجنسية السفينة أو صلاحيتها للرحلة البحرية أو درجة السفينة وموطنها وحمولتها وعقود البحارة وغيــر ذلــك مــن المستندات اللازمة، كما يلتزم الناقل بالإعداد للرحلة البحرية مــن خــلال إعداد أقسام السفينة والاستعانة بالمعدات والأدوات اللازمة لشحن البضائع ورصها ووضعها في الأماكن المخصصة لها. وفي ذلــك تــنص المــادة ١/٢١٥ من قانون التجارية البحري رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ علــى أن "علــى الناقل إعداد السفينة وتجهيزها بما يلزم لتكون صالحة للملاحــة ولتنفيــذ

السفر المتفق عليه ونقل نوع البضاعة التي تشحن فيها، وعليـــه، إعـــداد أقسام السفينة المخصصة للشحن لتكون صالحة لموضوع البضاعة فيهـــا وحفظها".

والتزام الناقل في هذا الشأن التزام ببذل العناية المعتـــادة للتـــاجر المحترف الذي يقوم بمثل هذا العمل.

ثانياً: التزام الناقل باستلام البضاعة من الشاحن :

يلتزم الناقل باستلام البضاعة من الشاحن فـــي الزمـــان والمكـــان المتفق عليه، وإلا كان ملتزماً بالتعويض الناتج عن الأضرار التـــي تقـــع للبضائع من جراء هذا التأخير في الاستلام.

كما يجب على الناقل مراجعة بيانات البـــضاعة أثنـــاء اســـتلامها للتحقق من أنها تتطابق مع البيانات الواردة في عقد النقل وسند الشحن فإذا وجد أن البضائع غير متطابقة عليه أن يمتنع عـــن الاســـتلام أو كتابـــة تحفظات في سند الشحن كما يحق له المطالبة بالتعويض إذا كان فحـــص البضاعة والتحقق منها أدى إلى أضرار للناقل كالتأخير في إقلاع السفينة عن الميعاد المحدد لها.

والاستلام عملية قانونية يبدأ بها عقد نقل البضائع.

ثالثاً: الالتزام بشحن البضائع :

يلتزم الناقل بحسب الأصل بشحن البضاعة إذ تقع على عاتق الناقل ما لم يتفق على غير ذلك، كان يتفق على قيام الشاحن بشحن البضاعة كما إذا رأى الشاحن أنها تتطلب مواصفات خاصة في الآلات ومعدات الشحن

وأنه هو الذي يجب عليه أن يراعي ذلك وفقاً لنوعية البضاعة وحرصه عليها.

وعملية الشحن هي أول مراحل النقل وهي عملية مادية يقصد بها وضع البضاعة على السفينة، ورفعها من على أرصفة الميناء ووضعها على السفينة، وفي ذلك تنص المادة ١/٢١٥ من قانون التجارة البحري على أن "يلتزم الناقل بشحن البضائع على السفينة وتفريغها ما لم يتفق على غير ذلك ..".

رابعاً: الالتزام برص البضائع :

إذا كان الالتزام بشحن البضائع قد يتفق على أن يقوم بها الشاحن إلا أن الالتزام برص البضائع داخل السفينة هو التزام أساس على عاتق الناقل لأنها مسألة فنية تتعلق بتوازن السفينة والملاحة البحرية وهي من مسئوليات الربان الأولى وهي نواحي فنية لا يتمتع بها الشاحن.

رص البضائع عملية فنية يراعي فيها وضع البضائع في الأماكن المناسبة لها وتوازن السفينة بعد تمام عملية الشحن بحيث تكون السفينة قادرة على تحمل المخاطر البحرية مع الحفاظ على البضائع المشحونة[1]، فالربان يقوم بتنسيق وترتيب وضع البضائع داخل العنابر أو الأماكن المخصصة لها في السفينة مع اتخاذ العناية الواجبة حسب طبيعة البضائع ، كأن تكون في حاجة إلى وضعها في ثلاجات أو أماكن تهوية وتبريد معينة أو يتم وضع حواجز خشبية أو تغليف بشكل معين.

---

(1) راجع د/ ثروت علي عبد الرحيم، المرجع السابق، ص ١٦٤ .

رص البضائع على السطح :

الأصل أن سلامة البضائع تقتضي رصها داخل عنابر السفينة المخصصة لحفظ البضائع وفقاً لطبيعتها، ويمتنع على الربان القيام برص البضائع على سطح السفينة نظراً لأنه غير معد بطبيعته لوضع البضائع المشحونة حيث تتعرض للرطوبة وحرارة الشمس والأمطار والعواصف وغيرها من أخطار الملاحة البحرية.

ومع ذلك يجوز للربان رص البضائع على السطح وذلك في الأحوال الآتية:

١- إذا إتفق على ذلك مع الشاحن وحصل على موافقة كتابية بذلك.

٢- إذا كان النقل ساحلي بين الموانئ المصرية.

٣- إذا كان الناقل ملزماً بالشحن بهذه الكيفية بمقتضى القانون المعمول به في ميناء الشحن.

٤- إذا جرى عرف الميناء على الشحن على السطح.

٥- إذا كانت طبيعة البضائع أو الشحنة مما يسمح بمثل هذا النوع من الرص(١).

ويجب في جميع الأحوال السابقة أن يذكر في سند الشحن أن البضاعة مشحونة على السطح.

لا يسأل الناقل عن الأضرار التي تصيب البضائع المشحونة على السطح في الحالات السابقة والمنصوص على ذلك في سند الشحن سواء كانت هذه الأضرار هي هلاك البضاعة أو تلفها، وذلك إذا أثبت أن الأضرار ناتجة عن المخاطر الخاصة بهذا النوع من النقل وفي ذلك تنص

---

(١) راجع المادة ٢١٦ من قانون التجارة البحرية رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ .

المادة ٢٣١ من قانون التجارة البحري على أن "لا يسأل الناقل عن الهلاك أو تلف البضائع التي يذكر في سند الشحن أنها منقولة على سطح السفينة إذا أثبت أن الهلاك أو التلف ناشئ عن المخاطر الخاصة بهذا النوع من النقل.

خامساً: الالتزام بالمحافظة على البضائع :

يلتزم الناقل بالمحافظة على البضائع التي تشحن على السفينة[١]، أي البضائع المتفق على نقلها والمذكورة في سند الشحن ووفقاً لما يقضي به العرف، فقد تقتضي طبيعة البضائع وفقاً لعقد النقل أو العرف حفظها في أماكن بعيدة عن الحرارة أو في درجات حرارة معينة أو تحتاج إلى تهوية مستمرة، وإذا رأى الربان أن البضائع غير مغلفة أو أن التغليف ليس جيداً عليه أن ينبه الشاحن إلى ذلك وإلا كان مسئولاً عن الإخلال بالمحافظة على البضائع، ومن تبعات المحافظة على البضاعة التزام الناقل إذا توقفت السفينة عن مواصلة السفر أياً كان سبب ذلك بذل العناية اللازمة لإعداد سفينة أخرى لنقل البضائع إلى الميناء المتفق عليه وتحمل المصاريف الناشئة عن ذلك إلا إذا كان التوقف راجعاً إلى سبب أجنبي لا يد له أو نائبه أو أحد تابعيه فيه حيث تكون المصروفات في هذه الحالة على الشاحن ويستحق الناقل الأجرة المتفق عليها عن الرحلة كاملة إذا وصلت البضاعة إلى الميناء المتفق عليه[٢].

---

(١) المادة ٢/٢١٥ من قانون التجارة البحرية رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ .

(٢) راجع المادة ٢١٧ والمادة ٢٢٩ من قانون التجارة البحري رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ .

ويمكن اعتبار قيام الربان ببيع البضائع أثناء الرحلة البحرية لعدم صلاحية السفينة للملاحة البحرية وعدم تمكنه من نقلها إلى سفينة أخرى من قبيل المحافظة على البضائع، ذلك أن احتفاظه بها في هذه الحالة قد يؤدي إلى هلاكها أو تلفها(١).

والتزام الناقل بالمحافظة على البضائع لا يعني إخراجه من مهنته للقيام بالمحافظة عليها، فهو يلتزم بالمحافظة التي تتطلبها وظيفته، أما الأمور الفنية المتعلقة بنوعية معينة من البضائع والتي لا يفترض توافرها في الناقل فهو غير مسئول عنها(٢)، فالمحافظة على البضائع التي تتطلب عناية خاصة يقوم بها الشاحن باعتبارها من مستلزمات البضائع.

سادساً: الالتزام بتفريغ البضائع :

يقصد بتفريغ البضائع فك رصها وإخراجها من العنابر أو أماكنها في السفينة وإنزالها، ويقع عبء تفريغ البضائع على عاتق الناقل ما لم يتفق على قيام الشاحن أو المرسل إليه بذلك. وتفريغ البضائع يعتبر عملية مادية تنتهي بها الرحلة البحرية، وهو قد يكون تلقائيا أو تفريغ تحت الروافع.

والتفريغ التلقائي شرط يضعه الناقل في عقد النقل أو سند الشحن بموجبه يستطيع الناقل تفريغ البضائع مباشراً وإخراجها من السفينة بمجرد وصول السفينة في الميناء المحدد. أما التفريغ تحت الروافع فهو يعني قيام

---

(١) د/ سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص ٢٥٩ .

(٢) د/ مختار محمود بربري : المرجع السابق، ص ٣٤٢ .

الناقل بتسليم البضائع تحت الروافع على ظهر السفينة حيث يتسلم المرسل إليه البضاعة ثم يقوم بإنزالها وتفريغها.

وأيا ما كان فإن عملية الشحن أو التفريغ سواء كانت على عـــاتق الناقل أو الشاحن فإن الذي يقوم بها هو مقاول الشحن والتفريغ حيث يتعاقد مع الملتزم بعملية الشحن أو التفريغ سواء كان الناقل أو الـــشاحن بعقـــد مقاولة بمقتضاه يقوم مقاول الشحن والتفريغ بهذه العملية المادية لما يتمتع به من إمكانيات والآلات خاصة يتم بها الشحن والتفريغ.

سابعاً: التزام الناقل بتسليم البضائع :

يلتزم الناقل بتسليم البضائع عند وصول السفينة في ميناء الوصول، وعملية التسليم تعتبر عملية قانونية بموجبها ينتهي عقد النقل، والتسليم قد يقع أولاً ثم يليه التفريغ وذلك في حالة إذا كان التفريغ يقع علـــى عـــاتق الشاحن، كما أن التسليم قد يتم مع التفريغ وهذا يتم في حالة التسليم تحـــت الروافع، وقد يتم التسليم بعد التفريغ وذلك في حالة التفريغ التلقـــائي، ولا يوجد مانع من التسليم في المركز الرئيسي أو أحد مراكز الناقـــل أو فـــي مخازنه وهو ما يعرف بشرط من المخزن إلى المخزن.

والتسليم يتم في ميناء الوصول في الزمان والمكان المتفق عليـــه ، إلى الحامل الشرعي لسند الشحن أو من ينوب عنه في تسلمها[١].

وتسليم نسخة من سند الشحن إلى الناقل قرينة على تسليم البضائع إلى صاحب الحق في تسلمها ما لم يثبت غير ذلـــك[٢]، وإذا تقـــدم عـــدة

---

(١) المادة ٢٢٣ من قانون التجارة البحري رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ .

(٢) المادة ٢٢٤ من قانون التجارة البحري رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ .

أشخاص يحملون نسخاً من سند الشحن القابل للتداول بطلب تسليم البضائع، وجب تفضيل حامل النسخة التي يكون أول تظهير فيها سابقاً على تظهيرات النسخ الأخرى، وإذا تسلم البضائع حامل حسن النية لإحدى النسخ، كانت له الأفضلية على حامل النسخ الأخرى ولو كانت تظهيراتها أسبق تاريخاً[١].

وتبعاً لشكل سند الشحن يتم التسليم فإذا كان سند اسمياً فلا يتم تسليم البضاعة إلا لمن صدر السند باسمه أو نائبه أو المحول إليه من خلال موافقة وقبول الناقل أو الربان أو إعلانه رسمياً بالحوالة، ويجب على الناقل التحقق من شخصية حامل السند ومطابقة اسمه على الاسم الوارد في سند الشحن أو صفة النيابة أو اسم المحال له. وإذا كان السند لأمر أو أذنيا فيجب على الناقل التحقق من المظهر إليه وأن الحامل وصل إليه السند عن طريق سلسلة متصلة من التظهيرات، مع تطبيق قاعدة تطهير الدفوع بالتظهير، وإذا كان السند لحامله فإن الناقل يسلم البضاعة لمن بيد سند الشحن، وفي هذه الحالة على الربان إثبات البيانات الشخصية المتعلقة بصفة المستلم[٢].

امتناع المرسل إليه عن التسليم :

يلتزم المرسل إليه باستلام البضائع من الناقل في الزمان والمكان المتفق عليه، فإذا لم يحضر المرسل إليه أو صاحب الحق في استلام البضائع أو حضر وامتنع عن تسلمها جاز للناقل أن يطلب من قاضي

---

(١) مادة ٢٢٥ من قانون التجارة البحري رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ .

(٢) راجع د/ محمود مختار بربري، المرجع السابق، ص٣٥١ .

الأمور الوقتية الإذن بإيداع البضائع عند أمين يعينه القاضـــي، ويجــوز للناقل أن يطلب من القاضي الإذن ببيع البضائع كلها أو بعضها لاســتيفاء الناقل حقه في الأجرة أو المصاريف أو في حالة تعرض هــذه البــضائع للهلاك أو التلف.

المبحث الرابع

مسئوليـة الناقـل

مسئولية الناقل وفقاً لأحكام قانون التجارة البحري رقـم ٨ لـسنة ١٩٩٠ مستمدة في معظمها من اتفاقية هامبورج التي تـم إقرارهـا فـي ١٩٧٨/٣/٣١، ولم يتم نقل أحكام هذه الاتفاقية إلى القانون المصري نقلاً حرفياً وإنما تم تطويعها بما يتناسب مع الأسس القانونية والتقاليد المصرية في صياغة القوانين، كما سبق أن ذكرنا فإن اتفاقية هامبورج اسـتغرقت وقتاً طويلاً من قبل لجنة قانون التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة[1].

المسئولية الشخصية للناقل :

يسأل الناقل عن أفعاله الشخصية سواء في مواجهة الربان والبحارة أو الشاحنين أو الغير، حيث يسأل الناقل في مواجهـة الربـان والبحـارة والأضرار التي تحدث لهم مسئولية عقدية، كما يسأل الناقل في مواجهـة الشاحنين عن هلاك أو تلف أو تأخير البضائع إذا كان ذلك راجعاً لخطـأ منه أو تابعيه، فإذا كان الضرر راجعاً لخطأ منه فإنه يسأل أمام الشاحنين مسئولية عقدية، وإذا كان الخطأ راجعاً لأحد تابعيه فإنه يـسأل مـسئولية المتبوع عن أفعال تابعيه كما يسأل الناقل عن الأضرار التي تحدث للغير على أساس المسئولية التقصيرية.

---

(1) راجع د/ ثروت على عبد الرحيم : المرجع السابق، ص ١٦٩ .

مسئولية الناقل عن أعمال البحارة :

ذهب اتجاه إلى أن المسئول عن أعمال البحارة هو الربان لأنهم تابعين لهذا الأخير،ولكن الرأي الراجح والذي نؤيده أن الناقل هو المسئول عن أفعال البحارة مسئولية متبوع عن أفعال تابعيه وليس الربان، ولكن يسأل الربان إذا كان الخطأ راجعاً لسوء اختيار الربان للبحارة أو لعدم حسن الاختيار.

حالات مسئولية الناقل :

يلتزم الناقل كما سبق أن ذكرنا بنقل البضائع والمحافظة عليها وتسليمها إلى صاحب الحق في استلامها في الزمان والمكان المتفق عليه، وهذا الالتزام من قبيل الالتزام بتحقيق نتيجة، حيث يسأل الناقل عن تنفيذ هذه الالتزامات سوءا كان الخطأ شخصي صادراً منه أو من أحد تابعيه على التفصيل السابق بيانه، ويسأل الناقل عن هلاك البضاعة أو تلفها أو التأخير في وصولها.

يسأل الناقل عن هلاك البضائع وتلفها إذا حدث الهلاك أو التلف في المدة بين تسلم الناقل البضائع في ميناء الشحن، وبين قيامه في ميناء التفريغ بتسليمها إلى صاحب الحق في تسلمها[1]، كما يسأل الناقل عن التأخير في تسليم البضائع إلا إذا كان هناك سبب من أسباب إعفاء الناقل من المسئولية كان يكون هناك سبباً أجنبياً لا يد له فيه [2].

([1]) المادة ١/٢٢٧ من قانون التجارة البحري رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ .

([2]) المادة ١/٢٤٠ من قانون التجارة البحري رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ .

وعلى ذلك يسأل الناقل عن هلاك البضاعة وتلفها والتـأخير فـي وصولها وذلك على التفصيل التالي :

أ – الهـلاك :

الهلاك قد يكون عدم وصول البضاعة كلياً وهذا هو الهلاك الكلـي وقد يكون عدم وصول جزء من البضاعة وهذا هو الهلاك الجزئي، فقد لا تصل البضاعة نهائياً، كما قد تصل البضاعة ناقصة الـوزن أو العـدد أو الكمية، وجرى العرف على أن الناقل لا يسأل عن النقص العادي الـذي يصيب البضاعة أثناء الطريق وهو ما يعرف بعجز الطريق كتبخر جـزء من السوائل أو نقص كمية من الحبوب ويحـدد العـرف مقـدار عجـز الطريق.

وتعد البضائع في حكم الهالكة إذا لم تسلم خلال الستين يوماً التالية لانقضاء أو انتهاء ميعاد التسليم المتفق عليه او الميعاد الذي يـسلم فيـه الناقل العادي البضائع في الظروف المماثلة إذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق.

ب - التـلف :

قد يكون التلف كلياً أو جزئياً، والتلف هو عدم صلاحية البـضائع فيما أعدت له حيث تصل كاملة ولكنها معيبة، فمثلاً إذا كانـت البـضائع أجهزة كمبيوتر فإنها تصل كاملة ولكنها تالفة غير صالحة للاستعمال، أو كمية قمح تصل ولكنها معيبة لا تصلح للاستهلاك الأدمي لتعفنها أو وجود عطب أو بلل بها أدى إلى تلفها سواء كان هذا التلف شاملاً للبضاعة كلها أو جزء منها.

جـ- التأخيـر :

يقصد بالتأخير وصول البضاعة في غير الميعاد المتفق عليه كأن يتفق على نقل كمية من الورود بمناسبة أعياد رأس السنة فتصل البضاعة بعد هذه الأعياد، إذ قد يكون المرسل إليه مرتبط بتسليم هذه البضائع في مواعيد معينة مع تجار آخرين وقد يتعرض لتوقيع غرامات تأخير عن هذه الصفقات.

وميعاد تسليم البضائع قد يكون محدداً في عقد النقل أو سند الشحن، وقد لا يكون محدداً إذ في هذه الحالة يتم تحديده وفقاً للعرف التجاري السائد بخصوص هذا النوع من البضائع وطريقة نقلها ، ويسأل وعما إذا كان هناك سبباً من أسباب إعفاء الناقل من المسئولية أم لا.

وهذا ما أكدته المادة (٢/٢٤٠) من قانون التجارة البحري رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ والتي نصت على أنه "ويعتبر الناقل قد تأخر في التسليم إذا لم يسلم البضائع في الميعاد المتفق عليه أو في الميعاد الذي يسلمها فيه الناقل العادي في الظروف المماثلة إذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق".

أساس مسئولية الناقل :

كما سبق أن ذكرنا أن الناقل يسأل عن الهلاك أو التلف أو التأخير ووفقاً لاتفاقية بروكسيل عام ١٩٢٤ في المادة الثالثة الفقرة الأولى والثانية فإن مسئولية الناقل عن الخطأ الشخصي الصادر منه أو من أحد تابعيه تقوم على الخطأ المفترض، أما مسئولية الناقل وفقاً لقواعد هامبورج التي تم توقيعها في ٣١ مارس ١٩٧٨ فهي قائمة أيضاً على الخطأ المفترض حيث لا يحتاج الشاحن أو المرسل إليه إثبات خطأ الناقل أو تابعيه وإنما

يكفي إثبات الضرر، أي أن المضرور لا يتحمل وفقاً لقواعد هذه المسئولية القائمة على الخطأ المفترض عبء إثبات خطأ الناقل أو تابعيه.

وكذلك لا يتحمل عبء إثبات علاقة السببية، فالمسئولية القائمة على الخطأ المفترض تنقل عبء الإثبات من على كاهل المضرور وتلقي بها على المتسبب في الضرر وهو الناقل والذي يجب عليه لكي يتخلص من المسئولية نفي الخطأ بأن يثبت أن الهلاك أو التلف أو التأخر راجعاً إلى سبب أجنبي لا يد له أو نائبه أو لأحد تابعيه في وقوعه.

واتفاقية هامبورج قائمة أيضاً على الخطأ المفترض في حق الناقل ولا يستطيع أن يتخلص من المسئولية إلا في بعض الحالات الاستثنائية المحددة.

أما أساس المسئولية في قانون التجارة البحري المصري رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ فهي قائمة أيضاً على الخطأ المفترض في حق الناقل والتي تنقل عبء إثبات الخطأ من المضرور وتلقي به على عاتق الناقل ينفي الخطأ ولكن نجد أن الاختلاف بين اتفاقية هامبورج وقانون التجارة البحري، أن الاتفاقية أقامت مسئولية الناقل على الخطأ المفترض مع وضع بعض الحالات الاستثنائية من هذه المسئولية والتي على أساسها لا يفترض الخطأ، أما قانون التجارة البحري إلا أنه فتح الباب على مصرعية للناقل لكي يعفي من المسئولية في حالة إذا أثبت أن هلاك البضاعة أو تلفها يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له أو نائبه أو أحد من تابعيه فيه[1]، هذا السبب الأجنبي يتسع ليشمل القوة القاهرة، والعيب الذاتي للبضاعة، وفعل

---

(1) المادة ٢٢٩ من قانون التجارة البحري رقم ٨ لسنة ١٩٩٠.

الغير، وخطأ الشاحن، وغير ذلك من الحالات التي تندرج تحـــت مفهـــوم السبب الأجنبي، والذي لا دخل للناقل أو نائبه أو أحد تابعيه فيه.

ويتضح من ذلك أن المشرع المصري في قانون التجارة البحـــري رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ وإن أراد أن يتفادى ترديد حالات إعفاء الناقـــل مـــن المسئولية والواردة في الفقرة الثانية من المادة الثالثة في معاهدة بروكسل إلا أنه أورد عبارات عامة تعفي الناقل من المسئولية ومـــن الممكـــن أن يندرج تحت هذه العبارات جميع الحالات الواردة في معاهدة بروكسيل.

والجدير بالذكر أن خطأ الناقل أو نائبه أو أحد تابعيه إذا اشترك مع السبب الأجنبي يسأل الناقل ويتحمل جزء من المـــسئولية يقـــدر الخطـــأ المرتكب، فالشاحن حتى في حالات السبب الأجنبي الذي يعفي الناقل مـــن المسئولية يحق له أن يثبت أن الضرر في جزء منه راجعاً إلى الناقـــل أو نائبه أو أحد تابعيه.

حالات إعفاء الناقل من المسئولية :

يعفي الناقل من المسئولية إذا أثبت أن هلاك البضاعة أو تلفهـــا أو التأخير في تسليم البضاعة يرجع إلى سبب أجنبي لا يد لـــه أو نائبـــه أو لأحد من تابعيه فيه[١]. وعلى ذلك يعفي الناقل من المسئولية في حـــالات القوة القاهرة، والعيب الذاتي للبضاعة، وخطأ الـــشاحن، وخطـــأ الغيـــر، وكذلك يعفي من المسئولية في الحالات التي نص عليها قـــانون التجـــارة البحري[٢].

---

(١) مزيد من التفصيل راجع د/ عبد الدافع موسى: المرجع السابق، ص٣١٨ وما بعدها.

(٢) المادة ٢٢٩، ٢٤٠ من قانون التجارة البحري رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ .

أولاً: القـــوة القاهــرة :

القوة القاهرة هي الحادث الذي لا يمكن توقعه أو تفاديه أو تلافيـــه وهو تعريف مركب يشمل عدم التوقع وعدم التفادي، فإذا كـــان الحـــادث متوقعاً لكن لا يمكن تفاديه، أو غير متوقع لكن يمكن تفاديه فإننا لا تكـــون أمام قوة قاهرة.

ومن أمثلة القوة القاهرة الزلازل والبراكين والعواصـــف الـــشديدة غير المتوقعة، بينما لا تعد الظروف البحرية السيئة من قبيل القوة القاهرة لأنها من الأمور المتوقعة كارتفاع الأمواج والعواصف المعتادة وغير ذلك مما يعتبر من المخاطر البحرية المعتادة.

ولا فرق بين القوة القاهرة والحادث المفاجئ وهو الحادث النابع من الأداة المستخدمة ذاتها كانفجار محركات السفينة مادام لم يثبـــت وجـــود إهمال أو تقصير في إعداد السفينة وتجهيزها، فالحادث المفاجئ يعتبر من قبيل القوة القاهرة طالما لا يمكن توقعه أو تلافيه.

ولكن هل يسأل الناقل عن السبب المجهول والذي لا يعرف ما إذا كان سبباً أجنبياً أم لا. الحقيقة أننا نرى أن الناقـــل يـــسأل عـــن الـــسبب المجهول طالما أنه لم يستطيع إثبات السبب الأجنبي. فعبء الإثبات لنفـــي الخطأ يقع عليه، فإذا لم يتمكن من ذلك قامت مسئوليته.

ثانياً : العيب الذاتي للبضاعة :

قد يكون سبب هلاك البضاعة أو تلفي أو التـــأخير فـــي تـــسليمها راجعاً إلى عيب ذاتي بها، كان تكون من البضائع التـــي لا تتحمـــل هـــذا النوع من النقل أو أنها مما يتلف بالنقل البحري، أو أن بها سوائل تتفاعل

بالنقل من مكان إلى آخر، أو أنها مما لا يتحمل البقاء للفترة المتفق عليها لنقل البضائع، كان تكون من الخضراوات أو الفاكهة .

ويمكن القول في المجمل أن العيب الذاتي للبضاعة هو أن تكون طبيعتها مما يتلف أو يهلك أو نجد صعوبة في تسليمه إذا تعرض للعوامل الطبيعية العادية كالحرارة أو البرودة أو الرطوبة مما لا دخل للناقل به(١).

ثالثاً : خطأ الشاحـــن :

يعفي الناقل من المسئولية إذا كان الهلاك أو التلف والتأخير في تسليم البضاعة راجعاً إلى خطأ الشاحن نفسه، كان يدلي ببيانات خاطئة عن طبيعة البضاعة وأوصافها(٢)، أو لم يقوم بتعبئة وتغليف البضائع بشكل مناسب، ولكن إذا كان سوء التغليف أو التعبئة ظاهراً للناقل عليه أن يقوم بتنبيه الشاحن وإلا كان مسئولاً.

ولا يكتفي بإعفاء الناقل من المسئولية عن خطأ الشاحن فحسب وإنما يسأل الشاحن عن الأضرار التي تسببها بضاعته - التي أدلى ببيانات خاطئة عنها – للسفينة أو البضائع الأخرى الموضوعة على السفينة.

والجدير بالذكر أن خطأ المرسل إليه يلحق بخطأ الشاحن، كأن يمتنع المرسل إليه عن استلام البضاعة من الناقل في المكان والزمان المتفق عليه أو يتأخر في استلام البضاعة دون سبب مما أدى إلى تلفها.

---

(١) راجع د/ سميحة القليوبي : المرجع السابق، ص ٢٧٥، أيضاً : د/ محمود مختار بربري – المرجع السابق، ص٣٧٦، د/ ثروت علي عبد الرحيم، المرجع السابق، ص١٧٥، د/ عبد الدافع موسى، المرجع السابق، ص٣٦٠ .

(٢) راجع المادة ٢٣٠ من قانون التجارة البحري رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ .

رابعاً: خطأ الغيــر :

يعفي الناقل من المسئولية إذا كان الخطأ صادراً من الغيــر، مثــل قيام سفينة مملوكة للغير من الاصطدام بسفينة الناقل ودون خطأ منه ممــا أدى إلى هلاك البضاعة أو تلفها أو التأخير في تــسليمها، أو أن الــسفينة تحمل بضائع بها عيب ذاتي أدى إلى تلف البضائع الأخرى، فمالك هــذه البضائع يكون له الرجوع بالتعويض على مالك البضائع التي بهــا عيبــاً ذاتياً.

خامساً: صور النقل المستبعدة من نطاق مسئولية الناقل والتي يعفي بموجبها من المسئولية والتي تعتبر حالات استثنائية :

أ – النقل على سطح السفينة :

سبق أن ذكرنا أنه يجوز نقل البضائع على سطح السفينة بموافقــة كتابية من الشاحن، وفي حالة النقل الساحلي، أو إذا كانت التشريعات تجيز ذلك، أو العرف يقضي به، أو نوعية البضائع مما يسمح بالنقل على سطح السفينة، فإذا تم نقل البضائع على السطح وفقاً لهذه الحالات فــإن الناقــل يعفي من المسئولية إذا أثبت أن ما لحق البضاعة من هلاك أو تلف إنمــا نتج عن تعرضها للمخاطر الطبيعية الناتجة عن النقل على سطح السفينة.

وفي ذلك تنص المادة ٢٣١ من قانون التجارة البحري رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ على أنه "لا يسأل الناقل عن هلاك أو تلف البضائع التي يذكر في سند الشحن أنها منقولة على سطح السفينة إذا أثبت أن الهلاك أو التلــف ناشئ عن المخاطر الخاصة بهذا النوع من النقل".

ب- نقل الحيوانات الحيـــة :

لا يسأل الناقل عن هلاك الحيوانات الحية أو ما يلحـــق بهـــا مـــن ضرر إذا كان ذلك راجعاً إلى المخاطر الخاصة بهذا النوع من النقل كما لو نفقت الحيوانات نتيجة دوار البحر أو عدم تحملها خـــط ســـير ومـــدة الرحلة المتفق عليها بين الناقل والشاحن أو أخافها منظر البحر فامتنعـــت عن الطعام أو أزعجها ارتفاع الأمـــواج فهاجـــت وقتلـــت غيرهـــا مـــن الحيوانات، ولقد أقام المشرع قرينة لمصلحة الناقـــل افتـــرض فيهـــا أن الضرر قد نشأ عن المخاطر الخاصة بهذا النوع من النقـــل، وبالتـــالي لا يكون الناقل مسئولاً إذا أثبت أنه نفذ تعليمات الشاحن بشأن هـــذا النقـــل، ويكون على الشاحن إذا أصر على المسئولية أن يثبت أن الضرر راجـــع إلى خطأ الناقل أو أحد تابعيه.

وفي ذلك تنص المادة ٢٣٢ من قانون التجارة البحري على أنه "لا يسأل الناقل في حالة نقل الحيوانات الحية عن هلاكها أو ما يلحقهـــا مـــن ضرر إذا كان الهلاك أو الضرر ناشئاً عن المخاطر الخاصة بهذا النـــوع من النقل، وإذا نفذ الناقل تعليمات الشاحن بشأن نقل الحيوانات افترض أن هلاكها أو ما أصابها من ضرر نشأ عن المخاطر الخاصة بهذا النوع من النقل حتى يثبت الشاحن وقوع خطأ من الناقل أو من نائبه أو مـــن أحـــد تابعيه".

ج- إنقاذ أو محاولة إنقاذ الأرواح أو الأموال في البحر:

لا يسأل الناقل عن هلاك البضائع أو تلفها أو تأخير وصولها إذا وقع ذلك بسبب إنقاذ أو محاولة إنقاذ الأرواح في البحر أو بسبب التدابير المعقولة التي يتخذها لإنقاذ الأموال في البحر[1].

هذا الالتزام الأخلاقي الذي يقوم به الناقل بموجبه أعفاه المشرع من المسئولية. وقد فرق المشرع بين أمرين في هذا الإلتزام الأخلاقي ، **الأمر الأول** :هو إنقاذ الأرواح حيث يكون التزام الناقل الأخلاقي بقوة أمرة يفرضها العرف البحري، إذ أعفى المشرع الناقل من المسئولية دون قيد أو شرط، فكل خسارة تلحق بالبضائع تهون في سبيل إنقاذ الأرواح، أما **الأمر الثاني** : وهو إنقاذ الأموال فهو من الأمور الاختيارية والتالي لا يعفي الناقل من المسئولية إلا إذا كانت التدابير التي اتخذها لإنقاذ هذه الأموال معقولة ، وذلك حتى لا يسرف الربان والبحارة في هذه التدابير طمعاً في الحصول على مكافأت من أصحاب الأموال التي يتم إنقاذها[2].

سادساً : حالات نقل مستبعدة من مسئولية الناقل وفقاً لأحكام المادة ١/٢٢٧ من قانون التجارة البحري :

لا تسري أحكام مسئولية الناقل القائمة على الخطأ المفترض ولا تنطبق أحكام المادة ١/٢٢٧ من قانون التجارة البحري في الحالات التالية :

أ – الملاحة الساحلية بين الموانى المصرية :

---

(1) المادة ٢٤٢ من قانون التجارة البحري رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ .

(2) راجع د/ ثروت علي عبد الرحيم : المرجع السابق، ص ١٧٦، وأيضاً : د/ عبد الدافع موسى: المرجع السابق، ص ٣٨٣ .

لا تسري أحكام مسئولية الناقل إذا كان النقل ساحلي بين المـــواني المصرية، إذ لا تتعرض البضائع لمخاطر النقل في أعالي البحار.

والمشرع لم يقرر إعفاء الناقل من المسئولية عن الأضرار التـــي تصيب البضائع في النقل الساحلي وإنما قرر عدم خضوع مسئولية الناقل لأحكام المادة ١/٢٢٧ من قانون التجارة البحري والتي تقرر بأن يــضمن الناقل هلاك البضائع أو تلفها إذا حدث الهلاك أو التلف في المدة بين تسلم الناقل البضائع في ميناء الشحن وبين قيامه في ميناء التفريغ بتسليمها إلى صاحب الحق في تسلمها إو إيداعها بإذن من قاضي الأمور الوقتية عنـــد أمين يعينه القاضي، وإنما تخضع مسئولية الناقل في النقل الساحلي وفقـــاً للقواعد العامة ما لم يتفق الطرفين الناقل والشاحن على خضوع هذا النقل لأحكام مسئولية الناقل وفاقٍ لأحكام المادة ١/٢٢٧ مـــن قـــانون التجـــارة البحري، فإذا لم يتفق على ذلك فإن مسئولية الناقل في النقل الـــساحلي لا تقوم على الخطأ المفترض وعلى المضرور إثبات خطأ الناقل والـــضرر الواقع عليه وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، ويكون للناقل إثبات نفي المسئولية بنفي الخطأ وإثبات بذل العناية، كما يجوز الاتفاق على وضـــع شرط الإعفاء من المسئولية، ويجوز للناقل دفع مسئوليته وفقـــاً للقواعـــد العامة، ولكن أيضاً لا يحق للناقل التمسك بقواعد تحديد المسئولية الواردة في قانون التجارة البحري والواردة في المواد ٢٣٣، ٢٣٤ .

ب - النقل بمقتضى عقد إيجار :

أيضاً لا تسري أحكام مسئولية الناقل وفقاً للمادة ١/٢٢٧ من قانون التجارة البحري إذا كان النقل يتم بمقتضى عقد إيجار إلا إذا صدر سند شحن تنفيذاً لهذا النقل فتسري أحكام هذه المسئولية وفقاً للمادة ١/٢٢٧ من قانون التجارة البحري من الوقت الذي ينظم فيه العلاقة بين حامله والناقل.

شــروط الإعفــاء من المسئوليــة :

المشرع قصد من أحكام قانون التجارة البحرية والاستعانة بأحكــام معاهدة بروكسيل ١٩٢٤ واتفاقية هامبورج ١٩٧٨ا إيجــاد تــوازن فــي العلاقة بين الناقل والشاحن بهدف تشجيع الاستثمار في مجــال الملاحــة البحرية بتحديد مسئولية الناقل ووضع حالات للإعفاء من المسئولية، ومن ناحية أخرى حماية الشاحن من الشروط التعسفية التــي يــضعها الناقــل للإفلات من المسئولية الناتجة عن الإخلال بعقد النقل البحري، لذلك تدخل المشرع بنص صريح ببطلان كل اتفاق يتم قبل وقوع الحادث الذي نــشأ عن الضرر والذي يؤدي إلى إعفاء الناقل مــن المــسئولية عــن هــلاك البضائع أو تلفها، أو تعديل عبء الإثبات الذي يضعه القانون على عــاتق الناقل والقائم مسئوليته على الخطأ المفترض، أو تعديل تحديــد مــسئولية الناقل بأقل من الحد الذي قرره قانون التجارة البحري وفقاً للمــادة ٢٣٣ والناتجة عن مسئولية الناقل عن هلاك البضائع أو تلفها.

هذا البطلان لا يمتد إلى الاتفاقات التي تتم بعد وقوع الحادث، فإذا كان المشرع أراد حماية الشاحن من استغلال الناقل لحاجته لشحن بضاعته بوضع شروط باهظة قبل عملية النقل، فإن هذه الحماية لا مبرر لها إذا تم

الاتفاق على هذه الشروط بعد وقوع الحادث، إذ أن هذه الاتفاقات تتم بين ندين لا سلطان لأحدهما على الآخر ولا استغلال لأحدهما للآخر.

ولنفس الحكمة أيضاً يجوز الاتفاق على زيادة الحدود القصوى لمسئولية الناقل حتى لو كان هذا الاتفاق قبل وقوع الحادث، لأن تحديد المسئولية موضوع لمصلحة الناقل فيجوز له أن يتنازل عن ذلك وزيادة حجم التعويض الذي يلتزم به ولكن بشرط أن يذكر ذلك في سند الشحن.

كما يجوز وضع هذه الشروط والاتفاقات قبل وقوع الحادث إذا كان النقل يتم في ظروف استثنائية كوجود حصار بحري حول منطقة معينة أو القيام بأعمال القرصنة في هذه المنطقة، أو وجود حالة حرب، حيث أن هذه الظروف الاستثنائية يجوز بموجبها الإبقاء على تعديل عبء الإثبات الذي يضعه القانون على عاتق الناقل أو زيادة أو تخفيض تحديد مسئولية الناقل عما هو منصوص عليه في قانون التجارة البحري او زيادة مبلغ التعويض أو النزول عن هذا المبلغ للناقل كل ذلك فيما عدا إعفاء الناقل من المسئولية عن هلاك البضائع أو تلفها حيث يظل مسئولاً عنها حتى في الظروف الاستثنائية حيث لا يجوز وضع شرط يعفي الناقل من المسئولية عن هلاك البضائع أو تلفها. وبشرط ألا يصدر في النقل تحت الظروف الاستثنائية سند شحن وأن يدون الاتفاق في إيصال غير قابل للتداول يبين فيه ما تم الاتفاق عليه.

ونتناول هذه الأحكام المادة ٢٣٦ من قانون التجارة البحري حيث تنص على أن "يقع باطلاً كل اتفاق يتم قبل وقوع الحادث الذي نشأ عنه الضرر ويكون موضوعه أحد الأمور الآتية :

أ – إعفاء الناقل من المسئولية عن هالك البضائع أو تلفها.

ب- تعديل عبء الإثبات الذي يضعه القانون على عاتق الناقل.

ج- تحديد مسئولية الناقل بأقل مما هو منصوص عليه في (الفقرة ١) من المادة ٢٣٣ من هذا القانون.

د- النزول للناقل عن الحقوق الناشئة عن التأمين علـــى البـــضائع أو أي اتفاق آخر مماثل".

كما أضافت المادة ٢٣٧ من قانون التجارة البحري على أن "للناقل أن ينزل عن كل أو بعض الحقوق والإعفاءات المقررة له، كما يجوز لـــه أن يزيد مسئوليته والتزاماته بشرط أن يذكر ذلك في سند الشحن".

كما تضمنت المادة ٢٣٨ من قانون التجارة البحري حالة الظروف الاستثنائية حيث نصت على أنه "يجوز الاتفاق على ما يخالف أحكام المادة ٢٣٦ من هذا القانون إذا كانت الظروف الاستثنائية التي يتم فيهـــا النقـــل تبرر إبرام هذا الاتفاق، بشرط أن لا يكون من شأنه إعفـــاء الناقـــل مـــن المسئولية عن خطئه أو خطأ تابعيه وبشرط أن لا يصدر سند شحن، وأن يدون الاتفاق في إيصال غير قابل للتداول يبين فيه بما يفيد ذلك".

تحديد مسئولية الناقـــل :

كما سبق أن ذكرنا من أن المشرع في وضع أحكام قانون التجاري البحري فيما يتعلق بعقد النقل البحري للبضائع راعى التوازن بين مصلحة الناقل وعدم استغلال الشاحن، وحتى يشجع المشرع الاستثمار في مجـــال الملاحة البحرية وضع حدا أقصى للمبالغ التي يلتزم الناقل بدفعها استناداً إلى المسئولية، وهذه المبالغ ليست مبالغ مقطوعة وإنما هي حدود قصوى

لا يجوز للقاضي أن يتجاوزها إذا قامت مسئولية الناقل ولكن يجــوز لـــه إنزالها حتى يكون التعويض متناسباً مع الضرر، وقد راعى المــشرع أن تكون هذه المبالغ غير مجحفة بالشاحن ولا ترهق الناقل.

تتحدد مسئولية الناقل أياً كان نوعها عن هلاك البضائع أو تلفها بما لا يجاوز الفي جنيه عن كل طرد أو وحدة شحن أو بما لا يجــاوز ســتة جنيهات عن كل كيلو جرام من الوزن الإجمالي للبــضاعة، أي الحــدين أعلى[١]، وإذا اجتمعت الطرود أو الوحدات في حاويات، وذكر في ســند الشحن عدد الطرود أو الوحدات التي تشملها الحاوية عد كل منها طرداً أو وحدة مستقلة فيما يتعلق بتعيين الحد الأعلى للمسئولية وإذا لم تكن الحاوية مملوكة للناقل أو مقدمة منه وهلكت أو تلفت اعتبــرت طــرداً أو وحــدة مستقلة[٢].

تحديد المسئولية وفقاً لما سبق يطبــق علــى المــسئولية العقديــة والمسئولية التقصيرية في حالة الهلاك أو تلف البضائع دون التأخير فـــي وصولها.

تحديد مسئولية الناقل عن التأخير في تسليم البضاعة :

يسأل الناقل عن التأخير في تسليم البضائع إلا إذا أثبت أن التأخير يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه.

---

(١) المادة ١/٢٣٣ من قانون التجارة البحري رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ .

(٢) المادة ٢/٢٣٣ من قانون التجارة البحري رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ .

ويعتبر الناقل قد تأخر في التسليم إذا لم يسلم البضائع في الميعاد المتفق عليه أو في الميعاد الذي يسلمها فيه الناقل العادي في الظروف المماثلة إذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق.

ولا يجوز أن يزيد مبلغ التعويض الذي يحكم به على الناقل في حالة التأخير في تسليم البضائع أو جزء منها عن الحد الأقصى للتعويض والسابق ذكره في حالة الهلاك أو التلف.

ولا يستحق أي تعويضات عن الضرر الناتج عن التأخير في تسليم البضائع إذا لم يخطر طالب التعويض الناقل كتابة بالتأخير خلال ستين يوماً من تاريخ التسليم[١].

تحديد مسئولية تابعي الناقل:

إذا أقيمت دعوى المسئولية عن هلاك البضاعة أو تلفها على أحد تابعي الناقل جاز له التمسك بأحكام الإعفاء من المسئولية وتحديدها والسابق ذكرها بخصوص الناقل بشرط أن يثبت أن الخطأ الذي ارتكبه وقع حال تأدية وظيفته أو بسببها[٢].

ولا يجوز لتابعي الناقل التمسك بتحديد المسئولية إذا ثبت أن الضرر نشأ عن فعل أو امتناع عن فعل بقصد إحداث الضرر أو بعدم اكتراث مصحوب بإدراك بأن الضرر يمكن أن يحدث[٣].

---

(١) المادة ٢٤٠ من قانون التجارة البحري رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ .

(٢) المادة ١/٢٣٥ من قانون التجارة البحري رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ .

(٣) المادة ٢٣٥ /٣ من قانون التجارة البحري رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ .

حالات عدم جواز تحديد مسئولية الناقل :

لا يجوز تحديد مسئولية الناقل في الحالتين الآتيتين :

١ - تدوين الشاحن بيان عن طبيعة البضاعة في سند الشحن:

لا يجوز للناقل التمسك في مواجهة الشاحن بتحديد المسئولية إذا قدم الشاحن بياناً قبل الشاحن عن طبيعة البضاعة وقيمتها وما يعلق على المحافظة عليها من أهمية خاصة وذكر هذا البيان في سند الشحن ويعد البيان المذكور قرينة على صحة القيمة التي عينها الشاحن للبضائع إلى أن يقيم الدليل على ما يخالفها[١]. ويحدث مثل هذا البيان إذا كان هناك نقل يتم على بضائع ذات قيمة كبيرة للناقل، كأن تكون أجهزة كمبيوتر أو آثار ذات قيمة تاريخية أو فنية أو معادن نفيسة أو أشياء ذات قيمة خاصة للشاحن.

ولعدم لتحديد مسئولية الناقل وفقاً لهذه الحالة يجب توافر الشروط التالية :

أ – أن يذكر الشاحن في سند الشحن بيان عن طبيعة البضائع وقيمتها.

ب- أن تكون هذه البيانات المدونة حقيقية وليست عشوائية.

ج- صحة وحقيقة البيانات المدونة قرينة بسيطة يجوز للناقل إثبات عكسها بكافة طرق الإثبات.

٢ - قصد إحداث الضرر من الناقل أو أحد تابعيه :

لا يجوز للناقل التمسك بتحديد مسئولية عن هلاك البضائع أو تلفها أو تأخير تسليمها إذا ثبت أن الضرر نشأ عن فعل أو امتناع صدر منه أو من

---

(١) المادة ٢٣٤ من قانون التجارة البحري رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ .

نائبه أو من أحد تابعيه بقصد إحداث الضرر او بعدم اكتراث مـــصحوب بإدراك أن ضرراً يمكن أن يحدث وهو ما يعد في حكم الخطأ الجسيم الذي قد يرقى إلى مرتبة الخطأ العمدي.

ويفترض اتجاه قصد الناقل، أو نائبه إلى إحداث الـــضرر فـــي الحـــالتين الآتيتين :

ا – إذا أصدر سند الشحن خال من التحفظات مع وجود ما يقتضي ذكرها في السند ذلك بقصد الإضرار بالغير حسن النية.

ب- إذا شحن البضائع على سطح السفينة بالمخالفة لاتفاق صريح يوجب شحنها في عنابر السفينة.

وفي هاتين الحالتين لا ضرورة لعمل الإخطار إذا أجريت معاينـــة للبضائع وأثبتت حالتها وقت التسليم بحضور الناقل والمرسل إليه، إذ يكون المفروض عندئذ أن البضاعة سلمت بالحالة المذكورة في محضر إثبـــات الحالة(١).

---

(١) د/ ثروت علي عبد الرحيم : المرجع السابق ذكره، ص ١٨٢ .

المبحث الخامس
دعـوى المسئوليـة

المقصود بدعوى المسئولية ليست مسئولية الناقل وحده وإنما جميع الدعاوى الناشئة عن عقد نقل البضائع بحراً، أي كل دعوى مثل دعـــوى الناقل على الشاحن أو المرسل إليه للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تحدثها البضاعة للسفينة أو للمطالبة بأجرة النقل.

ويمكن تلخيص أحكام هذه الدعاوى في الآتي :

١- تتقضي الدعاوى الناشئة عن عقد نقل البضائع بالبحر بمضي ســـنتين من تاريخ تسليم البضائع أو من التاريخ الذي كان يجب أن يـــتم فيـــه التسليم.

٢- ينقطع التقادم السابق ذكره بكتاب مسجل مصحوب بعلم وصـــول، أو بتسليم المستندات المتعلقة بالمطالبة أو بندب خبير لتقـــدير الأضـــرار وذلك بالإضافة للأسباب المقررة في القانون المدني.

٣- ينقضي حق من وجهت إليه المطالبة – كالناقل مثلاً – فـــي الرجـــوع على غيره من الملتزمين – كصاحب سفينة أخـــر اصـــطدم بـــه أو صاحب بضائع سببت ضرر للبضائع الأخرى – بمضي تسعين يومـــاً من تاريخ إقامة الدعوى عليه أو من تاريخ قيامه بالوفاء ولو انقـــضت مدة السنتين للتقادم.

الدفع بعدم سماع دعوى المسئولية :

يجوز للناقل الدفع أمام المحكمة المختصة بعدم سماع دعوى المسئولية في حالة الهلاك الجزئي والتلف فقط إذا توافرت عدة شروط الآتية :

١- أن تكون دعوى المسئولية ناشئة عن الهلاك الجزئي أو تلف البضاعة فقط، لأن الهلاك الكلي للبضاعة يؤدي إلى عدم وصول البضاعة نهائياً وعدم قيام المرسل إليه باستلامها ، لأن من شروط التمسك بالدفع هو استلام المرسل إليه البضاعة ، كما أن التأخير في تسليم البضاعة من الأمور الثابتة التي يسهل إثباتها في كل وقت.

٢- استلام المرسل إليه البضاعة ودفع الأجرة، فلا يكفي استلام المرسل إليه البضاعة وإنما يجب دفع الأجرة للتعبير عن رضاه باستلام البضاعة بحالتها المبنية في سند الشحن، أما إذا كانت الأجرة قد دفعت بواسطة الشاحن في ميناء الشحن، فإن الناقل لا يحق له التمسك بالدفع بعدم سماع دعوى المسئولية.

٣- عدم قيام المرسل إليه بكتابة التحفظات عن حالة البضاعة وإخطار الناقل بها خلال يومي العمل التاليين لاستلام البضاعة.

٤- عدم قيام المضرور برفع دعوى المسئولية خلال ستين يوماً من تاريخ تسليم البضاعة أو من التاريخ الذي كان يجب أن يتم فيه التسليم.

٥- أن يتمسك الناقل بالدفع بعدم سماع دعوى المسئولية أمام القاضي في الجلسة الأولى وألا يعتبر تنازلاً عن هذا الحق.

المحكمة المختصة بالدعاوى الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع:

تنص المادة ٢٤٥ من قانون التجارة البحري على أن "ترفع الدعاوى الناشئة عن عقد نقل البضائع بالبحر أمام المحكمة المختصة وفقاً لأحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية، ويجوز أيضاً حسب اختيار المدعي أن ترفع الدعاوى المذكورة في المحكمة التي يقع في دائرتها ميناء الشحن أو ميناء التفريغ أو الميناء الذي حجز فيه على السفينة، ويقع باطلاً كلا اتفاق سابق على قيام النزاع يقضي بسلب المدعي الحق في هذا الاختيار أو تقييده".

يتضح من ذلك تحديد المحكمة المختصة يتم وفقاً للقواعد العامة لانعقاد الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطنه المدعي عليه أو محل إقامته إذا لم يكن له موطن في مصر، وبما أن الناقل البحري يعتبر تاجراً فإن الدعاوى التي ترفع عليه باعتباره مدعي عليه تختص بها المحكمة التي يقع في دائرتها مركز تجارته، أو المحكمة التي تم الاتفاق في دائرتها أو التي نفذ كله أو جزءاً منه أو كان يجب تنفيذ الاتفاق في دائرتها[١].

وإذا كان الناقل شركة ترفع الدعوى عليه في مركز الإدارة الرئيسي للشركة أو فرع من فروعها[٢].

أما إذا كان الناقل أجنبياً ليس له موطن أو محل إقامة في مصر، فإن الاختصاص يكون للمحاكم المصرية إذا كان لهذا الناقل موطن مختار

---

(١) المادة ٤٩ ، ٥٥ من قانون المرافعات.

(٢) المادة ٥٢ مرافعات.

بها، أو تعلقت الدعوى بمال موجود فيها، أو بالتزام نشأ أو نفــذ فيهـــا أو كان واجباً التنفيذ بها[١].

ويجوز للمدعي وبحسب اختياره أن يرفع الدعوى في المحكمة التي يقع في دائرتها ميناء الشحن أو ميناء التفريغ أو الميناء الذي حجــز فيـــه على السفينة، وذلك لارتباط هذه المحكمة بموضوع الدعوى. ويقع بـــاطلاً كل اتفاق سابق على قيام النزاع يسلب مـــن المـــدعي هـــذا الاختيـــار، وإن كان يجوز بعد نشوء النزاع الاتفاق على تحديد محكمة معينة ونــــزع هذا الحق منه.

الالتجاء إلى التحكيم لحل المنازعات الناشئة عن عقـــد النقـــل البحـــري للبضائع :

أجاز المشرع لأطراف عقد النقل البحري للبضائع الالتجـــاء إلـــى التحكيم لحل المنازعات التي تنشأ عنه، فإذا اتفق الأطراف على الالتجـــاء إلى التحكيم أعطى المدعي حماية له الحق في اختيار مقر التحكيم وفقاً لما يلي [٢]:

١- أما في دائرة المحكمة التي يقع بها ميناء الشحن أو ميناء التفريغ وذلك لارتباط هذا المكان بوجود البضائع.

٢- أو موطن المدعي عليه. باعتبار أن مكان التحكيم هذا هو الأساس.

---

(١) المادة ٣٠ من قانون المرافعات.

(٢) المادة ٢٤٦ من قانون التجارة الحري رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ .

٣- أو مكان إبرام العقد باعتبار أن هذا المكان هو الذي تم فيه الاتفـــاق، لكن بشرط أن يكون للمدعي عليه في هذا المكان مركـــز رئيـــسي أو فرع وكالة.

٤- أو المكان المعين في اتفاق التحكيم وذلك نزولاً على رغبـــة أطـــراف التحكيم.

٥- أو دائرة المحكمة التي يقع فيها الميناء الذي حجز فيه علـــى الـــسفينة وذلك لأن هذا المكان هو الذي يستطيع بموجبه تعيين السفينة بسهولة، كما أن السفينة محجوزة به ويجب مراعاة إجراءات وقواعد الحجـــز عليها وفقاً لهذا المكان.

قرر المشرع أيضاً بطلان كل اتفاق يقضي بسلب المدعي الحق في هذا الاختيار أو تقييده طالما تم قبل النزع، أما بعد نشوء النـــزاع فيجـــوز الاتفاق على اختيار آخر لمكان التحكيم لأنه حق للمدعي لا يجوز لـــسلبه منه قبل نشوء النزاع ولكن يجوز له التنازل عنه بعد نشوء النزاع[١].

---

(١) المادة ٢٤٧ من قانون التجارة البحري رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ .

الفصل الثاني

عقد النقل الجوي

المقصود بالقانون الجوي :

اختلف الفقه حول تعريف القانون الجوي، حيث ذهب اتجاه[1] إلى القول بأنه مجموعة القواعد القانونية التي تحكم العلاقات القانونية الناشـــئة عن الاستخدامات الجوية. هذا التعريف يشمل جميع الموضوعات الناشئة عن استخدامات الجو مثل الملاحة الجوية، والبث الفضائي والتلفزيـــوني، والاكتشافات العلمية، والمطر الصناعي، والاتصالات السلكية واللاســلكية وغير ذلك من الموضوعات.

بينما يذهب اتجاه آخر إلى تعريف القانون الجوي بأنـــه مجموعـــة القواعد القانونية التي تنظم الملاحة الجوية. حيث اقتصر هـــذا التعريـــف على النشاط الأساسي الذي يحدث في الجو وهو الملاحة الجوية.

خصائص القانون الجوي : يتميز القانون الجوي بعده خصائص :

١ - أنه قانون شاب وحديث :

يعتبر القانون الجوي حديث النشأ وتم ذلك من خلال اكتـــشاف الطـــائرة واستخداماتها التي بدأت تتضح خطورتها مع الحرب العالميـــة الأولـــى ١٩١٤ ، وعندما وضعت الحرب أوزارها بدء التفكيـــر فـــي اســـتخدام الطائرة للنقل في وقت السلم. وقد عقد أول مؤتمر دولي للطيـــران فـــي

---

(١) د/ أبو زيد رضوان : القانون الجوي، ١٩٨٣، ص ٨ . د/ محمود مختار بربري : قانون الطيران وقت السلم، الطبعة الأولى ص ٦ .

باريس ١٨٩٩ وقد اختلف الأعضاء في الأساس الذي ينطلق منه القانون الجوي، فالبعض نادى بمبدأ السيادة المطلقة للدولة على إقليمها الهوائي، ونادى البعض الآخر بالحرية المطلقة للإقليم الهوائي، بينما اتجهت فرق أخرى للتوفيق بين الاعتباريين حيث نادى فريق بالحرية المقيدة للإقليم الهوائي، ولكن في النهاية تم الاستقرار على مبدأ السيادة المقيدة للإقليم الهوائي، وهذا هو الاتجاه الذي كان سائداً مع مؤتمر باريس الذي عقد ١٩١٠، والذي نادى به المشروع الذي وضعته اللجنة الدولية لقانون الطيران لتنظيم الملاحة الجوية الدولية عام ١٩١٣

في عام ١٩١٩ تم وضع أول اتفاقية تنظم الملاحة الجوية عرفت باسم اتفاقية باريس حيث دعت إليها الحكومة الفرنسية، وتعتبر هذه الاتفاقية هي أول ظهور لقانون جوي ينظم الملاحة الجوية، ثم تلت هذه الاتفاقية معاهدة شيكاغو ١٩٤٤، هذه المعاهدة تضمنت أربعة اتفاقيات، هي الاتفاق المؤقت لتنظيم الطيران المدني، والثانية هي اتفاقية الطيران المدني الدولية، ثم اتفاقية الحريتين، ثم اتفاقية الحريات الخمسة، ثم توالت المعاهدات بعد ذلك مثل معاهدة طوكيو ١٩٦٣ وغيرها.

٢ - قانون دولي :

يتميز القانون الجوي أنه نشأ دولياً من خلال المعاهدات والاتفاقات الدولية الثنائية والجماعية، هذه المعاهدات تضمنت أحكام القانون الجوي ثم امتدت هذه الأحكام إلى التشريعات الداخلية، فهذا القانون نشأت أحكامه في معاهدات الدولية ثم أخذت منها التشريعات الداخلية الأحكام، بعكس

القانونين الأخرى التي بدأت بتشريعات داخلية ثم امتدت إلـــى المجـــال الدولي.

٣- قانون أغلب قواعده آمرة :

القانون الجوي يختلف في المجـــال المـــستخدم لتطبيقـــه وفـــي الوســـائل المستخدمة وفي درجة المخاطر، لذلك نجد ان معظم قواعد هذا القـــانون آمرة لأنها تمس أيضاً سيادة الدولة على إقليمها الهوائي.

٤- قانون ذو طابع سياسي :

القانون الجوي يشمل مجال ذو تأثير دولي ومرتبط بسيادة الدول والتعاون المشترك في مجال الاستخدامات الجوية ، لذلك نجد أنـــه يتميـــز بطـــابع سياسي لارتباطه بالمصالح المشتركة لدول العالم.

٥- قانون له ذاتية مستقلة :

ذهب اتجاه إلى أن القانون الجوي له ذاتية مـــستقلة عـــن بقيـــة القـــوانين الأخرى لما يتميز به من مجال مختلف وأداة ومخاطر مختلفة، بينما ذهب اتجاه آخر إلى إنكار كل ذاتية للقانون الجوي والقـــول بـــأن التـــشريعات الأخرى من الممكن أن يتم تطبيقها على المجال الجوي فمثلاً يمكن تطبيق قواعد القانون البحري على الملاحة الجوية، ويمكن تطبيق القانون الإداري على النواحي الإدارية، وكذلك القانون الجنائي. ولكن الرأي الـــراجح أن القانون الجوي له ذاتية مستقلة لكن ليست منفصلة عـــن بـــاقي القـــوانين الأخرى.

مصادر القانون الجوي :

تنقسم مصادر القانون الجوي إلى مصادر دولية ومصادر داخلية وعند التعارض بين المصادر تطبق المصادر الدولية وهي المعاهدات باعتبارها أعلى مرتبة من التشريع الداخلي إذا انضمت إليهاالدولية، لذلك يجب على التشريع الداخلي مراعاة المعاهدات والاتفاقات الدولية التي انضمت إليها الدولة، ولا ينقص هذا من سيادة الدولة طالما انضمت إلى هذه المعاهدات بإرادتها، فإذا أرادت أن تصدر تشريع يخالف أحكام هذه الاتفاقيات والمعاهدات الدولية عليها أولاً الانسحاب أو الخروج من هذه المعاهدة. وذلك حرصاً على المصالح الدولية المشتركة.

المصادر الدولية :

أولاً: المعاهدات الدولية في مجال القانون الجوي العام :

١- اتفاقية باريس ١٩١٩ :

وهي أول اتفاقية تضع نظام قانوني موحد للملاحة الجوية، حيث اشتملت على ٤٢ مادة وثمانية ملاحق، هذه الاتفاقية تبنت أهم المبادئ المنظمة للملاحة الجوية وهو مبدأ سيادة الدولة على إقليمها الهوائي وإن كانت سيادة مقيدة، ورغم التعديلات التي أدخلت على هذه الاتفاقية أعوام ١٩٢٢، ١٩٢٣، ١٩٢٩ إلا أنها لم تفلح في بلوغ التوحيد الدولي للقواعد المنظمة للملاحة الجوية.

٢- معاهدة شيكاغو سنة ١٩٤٤:

مع نشوء الحرب العالمية الثانية ١٩٣٨ اتضح قصور اتفاقية باريس ١٩١٩، وكانت الحاجة إلى وضع اتفاقية جديدة تتضمن المستجدات التي ظهرت على الساحة الدولية لذلك دعت الولايات المتحدة الأمريكية إلى عقد مؤتمر في شيكاغو لوضع تنظيم دولي للملاحة الجوية يتفادى القصور والمشاكل التي حملتها اتفاقية باريس ١٩١٩ .

هذه المعاهدة تضمنت أربعة اتفاقيات :

١- الاتفاقية المؤقتة للطيران المدني، وهي اتفاقية مؤقتة ألغيت بتقرير اتفاقية الطيران المدني الدولية.

٢- اتفاقية الطيران المدني الدولية.

٣- اتفاقية الحريتين.

٤- اتفاقية الحريات الخمس.

واتفاقية الحريتين يتضمن حرية الطيران فوق أقاليم الدول دون هبوط، أما الحرية الثانية فهو حرية الهبوط الاضطراري لوجود عطل أو للتزود بالوقود أو لسوء الأحوال الجوية وغير ذلك.

واتفاقية الحريات الخمس، بالإضافة للحريتين السابقتين ثم إضافة ثلاثة حريات أخرى هي، حرية نقل الركاب والبضائع والبريد من إقليم دولة الطائرة إلى إقليم دولة أخرى، وحرية نقل الركاب أو البضائع والبريد من إقليم دولة أخرى إلى إقليم دولة الطائرة، وحرية نقل الركاب والبضائع والبريد من إقليم دولة إلى إقليم دولة أخرى.

واتفاقية الحريات الخمس فتحت المنافسة على أشدها بين الدول المنضمة إلى معاهدة شيكاغو ولا يقدر على هذه الاتفاقية إلا الدول التي تملك اسطولاً جوياً كبيراً، لذلك لم تصدق الدول على هذه الاتفاقية المسماة بالحريات الخمس.

٣- معاهدة طوكيو ١٩٦٣ : وهي اتفاقية خاصة بتحديد القانون الواجب التطبيق على الجرائم والتصرفات والأفعال الأخرى التي تقع على متن الطائرة وهي في حالة طيران.

٤- اتفاقية لاهاي ١٩٧٠ : وهي خاصة بمنع الاستيلاء غير المشروع على الطائرة.

٥- اتفاقية مونتريال ١٩٧١ : وهي خاصة بتحديد الأفعال غير المشروعة الموجهة ضد الطيران المدني.

ثانياً : المعاهدات والاتفاقات الدولية في مجال القانون الجوي الخاص :

هذه المعاهدات والاتفاقيات متعلقة بالنقل الجوي الدولي والتصرفات التي تقع على الطائرة والحقوق المعترف بها عليها، ومسئولية الناقل وتحديد هذه المسئولية، ومسئولية مستغل الطائرة عن الأضرار التي تحدث على السطح، وسوف نقوم ببيان أهم هذه الاتفاقيات والمعاهدات.

١- اتفاقية وارسو ١٩٢٩ : هذه الاتفاقية تضع أحكام لأهم موضوعات القانون الجوي وهو النقل الجوي الدولي، هذه الاتفاقية تتضمن خمسة أبواب هي :

الباب الأول : نطاق تطبيق الاتفاقية.

الباب الثاني : بندات الشحن.

الباب الثالث : مسئولية الناقل (أحكام المسئولية وتحديد المسئولية).

الباب الرابع : النقل المتعدد والنقل المركب.

الباب الخامس : أحكام التصديق على الاتفاقية.

تم تعديل اتفاقية وارسو ١٩٢٩ بموجب بروتوكول لاهاي عام ١٩٥٥، ثم تعدلت بموجب اتفاقية "جواد لاخارا"عـــام ١٩٦٤، ثـــم تعـــديل بموجـــب بروتوكول جواتيمالا عام ١٩٧١، وأيضاً تم التعديل بموجب بروتوكولات مونتريال عام ١٩٧٥ .

٢- اتفاقية روما ١٩٣٣ : حيث وضعت هذه الاتفاقية أحكام الحجـــز التحفظي على الطائرة.

٣- اتفاقية جنيف ١٩٤٨ : لتشجيع منح الائتمان في مجال الاســـتغلال والاستثمار الدولي، ونظراً لاختلاف الدول في الاعتراف بالحقوق على الطائرة، وضعت اتفاقية جنيف عام ١٩٤٨ لتحديد الحقـــوق المعترف بها دولياً على الطائرة مثل حق الملكية والانتفاع والرهن وحقوق الامتياز وبيع الطائرة جبراً، وذلك حتى يتمكن الدائن مـــن معرفة الحق المقرر له وما إذا كان معترف به دولياً فـــي حالـــة انتقال الطائرة من نطاق إلى آخر أم لا.

ولكن يؤخذ على هذه الاتفاقية أنها وضعت استثناء بموجبه لا تطبق أحكامها على الطائرات المرابطة في إقليم دولتها، مما يجعل الدائن الـــذي

يرغب في منح ائتمان وتقرير حق له على الطائرة القيام بالبحث في قانون دولة الطائرة عن الاعتراف بالحق المقرر له.

٤ - اتفاقية روما ١٩٥٢ : والمتعلقة بمسئولية مستغل الطائرة عن الأضرار التي تصيب الغير على السطح.

التشريعات الداخليـــة :

القانون الجوي كما سبق أن ذكرنا نشأ دولياً بموجب المعاهدات والاتفاقيات الدولية ومنها أخذت التشريعات الوطنية، وذلك تلافياً لتعارض الأحكام التي تطبق على الملاحة الجوية. وقد اتبع المشرع المصري نفس المنهج وأصدر قانون الطيران المدني رقم ٢٨ لسن ١٩٨١. ونصت المادة الثالثة من هذا القانون على أن "تسري أحكام الاتفاقيات الدولية للطيران المدني التي انضمت إليها مصر أو التي تنضم إليها مستقبلا، كما تسري أحكام هذا القانون وذلك بما لا يتعارض مع أحكام هذه الاتفاقيات".

وتضمنت المادة ١٢٣ من هذا القانون ما يخص النقل الجوي حيث نصت على أن "تطبق أحكام اتفاقية توحيد بعض قواعد النقل الجوي الدولي الموقعة في وارسو بتاريخ ١٢ أكتوبر ١٩٢٩ والاتفاقيات الأخرى المعدلة والمكملة لها، والمنظمة إليها الجمهورية على النقل الجوي الدولي والداخلي".

والمشرع في قانون الطيران المدني رقم ٢٨ لسنة ١٩٨١ أراد توحيد القواعد المطبقة على النقل الجوي الدولي والداخلي وتفادي التعارض والازدواجية بين نوعي النقل.

ولكن عندما صدر قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ تضمن في الفرع الرابع من الفصل السابع أحكام خاصة للنقل الجوي وذلك في المواد من ٢٨٤ إلى ٢٩٩، وتضمنت المادة ٢٨٥ أحكاما خاصة بالنقل الجوي الدولي والنقل الجوي الداخلي حيث نصت على أن "تسري على النقل الجوي الدولي أحكام الاتفاقيات الدولية النافذة في مصر. وتسري على النقل الجوي الداخلي أحكام هذا الفرع والأحكام الخاصة المنصوص عليها في هذا الفرع".

معنى ذلك أن المشرع المصري فرق بين النقل الجوي الدولي والذي أخضعه لأحكام الاتفاقيات الدولية النافذة في مصر وذلك تفادياً للتعارض والازدواج في الأحكام، والنقل الجوي الداخلي والذي أخضعه للفرع الرابع من الفصل السابع من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ والواردة في المواد من ٢٨٤ حتى ٢٩٩ ، والملاحظ على هذه الأحكام الواردة في قانون التجارة بشأن النقل الداخلي على ما سنرى أنها مأخوذة في معظمها من الاتفاقيات الدولية النافذة في مصر.

يتضح مما سبق أن المشرع المصري أولى النقل الجوي اهتماماً يتفق وأهميته المتزايدة في مجال النقل نظراً لما يصاحبه من تطور هائل وتقدم مذهل في تكنولوجيا الطيران وتسخير آلياته في نقل البضائع والأشخاص إلى كافة أنحاء العالم في أقصر وقت مما يقدم للتجارة العالمية خدمات مؤثرة لها قيمتها في هذا المجال.

تعريـــف الطائـــرة :

بما أن الطائرة هي الأداة المستخدمة في الملاحة الجوية كان لزاماً علينا قبل الحديث عن أحاكم عقد النقل الجوي بيان المقــصود بالطـــائرة. يمكن تعريف الطائرة بأنها كل أداة تستطيع التحليق في الجو بواســطة رد فعل الهواء غير المنعكسة مــن ســطح الأرض بقــوة آليــة محركهــا والمستخدمة في الملاحة الجوية.

تقسيـــم : نقوم بتقسيم عقد النقل الجوي إلى المباحث التالية :

- **المبحث الأول : عقد النقل الجوي الدولي وفقاً لأحكـــام اتفاقيـــة وارسو.**
- **المبحث الثاني : عقد النقل الجوي الداخلي وفقاً لأحكـــام قـــانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .**

المبحث الأول

عقد النقل الجوي الدولي وفقاً لأحكام اتفاقية وارسو

تمهيـــد :

نصت المادة ٢٨٥ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أن : "تسري على النقل الجوي الدولي أحكام الاتفاقيات النافذة فـــي مـــصر" وعلى ذلك تعتبر أحكام اتفاقية وارسو ١٩٢٩ والاتفاقيات والبروتوكولات المكملة لها – على ما سبق أن ذكرنا – والتي انضمت إليها مصر بموجب القانون رقم ٥٩٣ لسنة ١٩٥٥ ودخلت حيز التنفيذ في ٧ ديـــسمبر ســـنة ١٩٥٥ هي الواجبة التطبيق على عقد النقل الجوي الدولي.

ويقوم النقل الجوي الآن بدور هام في مجال التجارة الدوليـــة لمـــا يتميز به من سرعة وأمان، كما أنه يحتل مكان الصدارة والهيمنة على نقل الركاب بين الدول المختلفة.

تقسيـــم :

لبيان أحاكم اتفاقية وارسو ١٩٢٩ والتعديلات التي تمت لها فيمـــا يتعلق بالنقل الجوي الدولي نقوم بتقسيم هذا لمبحث إلى المطالب التالية :

المطلب الأول : نطاق تطبيق اتفاقية وارسو.

المطلب الثاني : عقد النقل الجوي الدولي للبضائع.

المطلب الثالث : عقد النقل الجوي الدولي للأشخاص.

المطلب الأول

نطاق تطبيق اتفاقية وارسو

من النصوص الواردة في اتفاقيـــة وارســـو ١٩٢٩ والتعـــديلات والبروتوكولات المكملة لها خاصة بروتوكول لاهاي عام ١٩٥٥، يمكـــن القول أن هذه الاتفاقية لكي تنطبق لابد أن تتوافر الشروط التالية :

١- أن يكون هناك عقد نقل.

٢- أن يكون النقل دولياً.

٣- أن يكون النقل بمقابل.

أولاً: أن يكون هناك عقد نقل :

لكي تنطبق اتفاقية وارسو لابد أن يكون هناك عقد نقل وليس عقـــد استئجار طائرة ، ويمكن تعريف عقد النقل الدولي بأنه العقـــد الـــذي بمقتضاه يلتزم الناقل بنقل أشخاص أو بضائع من مكان إلـــى آخـــر بـــين دولتين أو داخل دولة واحدة، وفقاً لأحكام الاتفاقية مقابل أجر ورغـــم أن اتفاقية وارسو لم تضع تعريفاً لعقد النقل الجوي الدولي إلا أننا قمنا بوضع هذا التعريف من خلال استعراض أحكام الاتفاقية.

رغم أن اتفاقية وارسو تنطبق على عقد النقل وليس عقد اســـتئجار الطائرة إلا أن هناك اتجاه يرى تطبيق اتفاقية وارسو على عقـــد إيجـــار الطائرة المجهزة سوءا كان طاقم البحارة خاضعاً للمؤجر أو المـــستأجر، ويتم استبعاد عقد إيجار الطائرة عارية من الاتفاقية.

ثانياً: أن يكون عقد النقل دولياً :

يتضح من نص المادة الأولى من اتفاقية وارسو أن النقـل يعتبـر دولياً وفقاً لأحكام هذه الاتفاقية في حالتين :

١ - إذا كانت نقطة القيام ونقطة الوصول واقعتين في دولتين متعاقدتين أي أنه إذا كانت نقطة القيام في دولة مثل مصر موقعة علـى الاتفاقيـة ونقطة الوصول في دولة فرنسا وهي دولة موقعة على الاتفاقية فـإن النقل يعتبر دولياً وفقاً لأحكام هذه الاتفاقية.

أما إذا كان نقطة القيام تقع في دولـة متعاقـدة أي موقعـة علـى الاتفاقية ونقطة الوصول تقع في دولة غير متعاقدة أي غير موقعة علـى الاتفاقية فإن النقل لا يعتبر دولياً.

والعبرة هي بما تم الاتفاق عليه وليس بتنفيذ العقد، فإذا تم الاتفـاق على النقل بين دولة (أ) متعاقدة ودولة (ب) متعاقدة ولم يتم النقل لسبب أو لآخر كان تكون الطائرة هبطت في دولة (ج) وهي غير متعاقدة فإن النقل يعتبر دولي.

كما أن العبرة باتفاق الطرفين وليس بجنسية الطائرة، ويعتبر كـل عقد على حدى ومستقل عن الآخر فإذا كان هناك عدة ركاب فقد يكـون النقل بالنسبة لبعضهم نقل داخلي وبالنسبة للبعض الآخر نقل دولي يخضع لأحكام الاتفاقية، ولا عبرة بجنسية الركاب وعلاقتهم بالطائرة.

٢ - إذا كانت نقطة القيام ونقطة الوصول واقعتين في إقليم دولة متعاقـدة واتفق على الهبوط في إقليم دولة أخرى متعاقدة أو غير متعاقدة. وهذه الحالة هي التي أثارت كثير من الجدل، لأن الدولة التي قد يتفق على

الهبوط بها قد تكون دولة غير موقعة على الاتفاقيـــة، كمـــا أن هـــذه الرحلة قد تتم بتذكرتين وقد يتم الفصل بين نقطة القيام والهبوط فـــي دولة أخرى ثم العودة مرة أخرى إلى نقطة الوصول فترة زمنية تمتد لأكثر من سنة.

لذلك فإننا نرى أن هذا النقل في هذه الحالة لا يكون دولياً خاضـــعاً لاتفاقية وارسو إلا إذا تم بتذكرة واحدة وكانت الفترة الزمنيـــة قـــصيرة، واختلفت نقطة القيام عن نقطة الوصول، فلا يعتبر النقل دوليـــاً خاضـــعاً لاتفاقية وارسو إذا كانت نقطة القيام هي القاهرة واتفق على الهبوط فـــي دولة مالطا ثم العودة إلى القاهرة مرة أخرى.

ونرى أن النقل تعتبر دولياً وفقاً لأحكام اتفاقية وارسو فـــي هـــذه الحالة إذا كانت نقطة القيام ونقطة الوصول في دولـــة واحـــدة متعاقـــدة واختلفت نقطة القيام عن نقطة الوصول واتفق على الهبوط في إقليم دولة أخرى متعاقدة أو غير متعاقدة وكانت الرحلة متصلة بتذكرة واحدة.

ثالثاً : أن يكون النقل الدولي بمقابل :

تشترط الاتفاقية لكي تنطبق على عقد النقل ان يكون ذلك بمقابـــل، سواء كان هذا المقابل نقدي أو عيني، كما تنطبق الاتفاقية أيضاً على النقل المجاني التي تقوم به مؤسسات النقل الجوي.

والهدف من خضوع هذا النقل الأخير لاتفاقية وارســو هـــو منـــع تحايل هذه المؤسسات من عدم إخضاع هذا النوع من النقل لأحكام اتفاقية وارسو كما أن النقل المجاني الذي تقوم بهذه المؤسسات كنوع من الرعاية مثل نقل بعض المشاهير أو الزعماء السياسيين إنما يندرج تحـــت فكـــرة

الاحتراف وغاية الربح. ولكن ما يؤخذ على أحكام هذه الاتفاقية أنهـــا لـــم تعرف المقصود بمؤسسات النقل الجوي، والأمر كما نرى يجب أن يترك لتقدير قاضي الموضوع.

حالات النقل المستبعدة من نطاق تطبيق اتفاقية وارسو، يستبعد من أحكام اتفاقية وارسو حالات النقل التالية :

١- النقل الداخلي.

٢- النقل الذي يعتبر دولياً وفقاً لأحكام الاتفاقية.

٣- النقل الاستثنائي، كحالات الإنقاذ ونقل المرضى والمصابين.

٤- النقل الذي يتم على سبيل التجارب الأولى.

٥- نقل تابعي الناقل من غير العاملين على الطائرة.

٦- النقل الذي تقوم به الدولة باعتبارها صاحبة سيادة.

٧- النقل الذي يتم وفقاً لاتفاقية البريد.

٨- النقل المجاني الذي تقوم به غير مؤسسات النقل الجوي.

المطلب الثاني

عقد النقل الجوي الدولي للبضائع

نتناول في فرع تعريف عقد النقل الجوي الدولي للبضائع وبيان خصائصه وإثباته، ونتناول في فرع ثاني الالتزامات الناتجة عن هذا العقد، ثم نتناول في الفرع الثالث مسئولية الناقل وذلك على التفصيل التالي :

الفرع الأول

التعريف بعقد النقل الجوي الدولي للبضائع وبيان خصائصه وإثباته

أولاً: تعريف عقد النقل الجوي الدولي للبضائع :

يمكن لنا تعريف عقد النقل الجوي للبضائع وفقاً لأحكام اتفاقية وارسو بأنه العقد الذي يلتزم بمقتضاه الناقل بنقل البضائع جواً من نقطة القيام في دولة متعاقدة ونقطة الوصول في دولة متعاقدة أخرى، أو بين نقطتين (القيام والوصول) في دولة واحدة متعاقدة مع الهبوط في إقليم دولة أخرى متعاقدة أو غير متعاقدة وذلك مقابل أجر.

هذا العقد يجب أن تتوافر به الأركان الموضوعية العامة للعقود وهي الرضا، حيث يجب أن يكون خالياً من العيوب، والمحل حيث يجب أن يتم نقل بضائع ممكنة ومشروعة وغير مخالفة لقواعد القانون الدولي ولا تتعارض مع النظام العام داخل الدولة، وأن يكون سبب العقد متوافراً ومشروعا، كما يجب أن تتوافر الأهلية في طرفي العقد وفقاً لقانون جنسية كل طرف .

ثانياً: خصائص عقد النقل الجوي الدولي للبضائع :

١ -عقد رضائي:

يكفي لانعقاد العقد وفقاً لأحاكم اتفاقية وارسو توافق الإيجاب والقبول، إذ يعتبر هذا العقد من العقود الرضائية ويمكن إثباته بكافة طـرق الإثبـات وإن جرى العرف على كتابة خطاب نقل، ويترتب على عدم توافر هـذا الخطاب أو توافره على عدم كتابة البيانات التي نصت عليها الاتفاقية أن يحرم الناقل من التمسك بأحكام تحديد المسئولية التي جاءت بها[١].

يتضح من ذلك أن الكتابة ليست من أركان هذا العقد وليست لازمة لإثباته، كما لا يلزم لانعقاد العقدان يتم تسليم البضاعة لأنه ليس من العقود العينية التي تتم بالتسليم. وقد أكدت المادة الثالثة في فقرتها الثانيـة علـى رضائية عقد النقل حيث نصت على أن "تحرير خطاب نقل البـضائع أو عدم تحريره، لا شأن له بوجود أو صحة عقد النقل".

٢ - عقد ملزم للجانبين :

يعتبر عقد النقل الجوي الدولي للبضائع من العقود الملزمـة للجـانبين، حيث يلتزم الشاحن بدفع الأجرة وتسليم البضائع في الزمـان والمكـان المتفق عليه، كما يلتزم الناقل باستلام البضاعة وشحنها ورصها ونقلهـا، والمحافظة عليها وتفريغها وتسليمها للمرسل إليه.

---

(١) المادة ٩ من اتفاقية وارسو.

٣ - تجارية العقد :

يعتبر عقد النقل الجوي للبضائع تجارياً بالنسبة للناقل حيث نصت المادة ٦ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أن "يعد أيضاً تجارياً كل عمل يتعلق بالملاحة التجارية بحرية كانت أو جوية، وعلى وجه الخصوص ما يأتي : ... د – النقل البحري والنقل الجوي" أما بالنسبة للشاحن فإن العقد لا يعتبر تجارياً إلا إذا كان تاجراً وارتبط العقد بتجارته، أو كان العقد متعلقاً بعمل تجاري سواء كان الشاحن تاجراً أو غير تاجر.

ثالثاً: إثبات عقد النقل الدولي للبضائع :

كما سبق أن ذكرنا يعتبر هذا العقد من العقود الرضائية يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات، لكن من نصوص اتفاقية وارسو نجد أنها نظمت أحكام تتعلق بخطاب النقل والبيانات التي يجب أن يتضمنها وحجيته.

١ - تحرير خطاب النقل :

نصت المادة ١/٥ من اتفاقية وارسو على أن للناقل الحق في مطالبة المرسل بتحرير خطاب نقل جوي، كما يلتزم على الناقل قبول هذا الخطاب ، يستفاد من ذلك أن المرسل هو الذي يقوم بكتابة خطاب النقل ويجوز له أن ينيب الناقل في تحرير هذا الخطاب.

تحرير خطاب النقل من ثلاثة صور أصلية الأولى للناقل موقع عليها من المرسل، والثانية للمرسل إليه، وموقع عليها من الناقل والمرسل

وترفق بالبضائع، والنسخة الثالثة تسلم للمرسل وموقع عليها من الناقل عند قبوله واستلامه البضاعة.

٢ - بيانات خطاب النقل الجوي وحجيتها :

تطلبت المادة الثانية من اتفاقية وارسو أن يتضمن خطاب النقل البيانـــات التالية :

- مكان تحرير الخطاب وتاريخه.
- نقطة القيام ونقطة الوصول.
- بيان مكان الهبوط إذا كانت نقطة القيام ونقطة الوصول تقعان فـــي إقليم دولة واحدة متعاقدة.
- بيانات عن المرسل والناقل والمرسل إليه وعنوانهما.
- بيانات عن البضاعة تتضمن نوعها وعدد الطرود والوزن وغيـــر ذلك من البيانات التي توضح أوصاف البضاعة.
- أجرة النقل ومكان وتاريخ دفعها.
- المستندات المسلمة للناقل والمرفقة بخطاب النقل.
- مدة النقل والطريق المتبع السير فيه.
- بيان يفيد خضوع عقد النقل لاتفاقية وارسو وأحكام تحديد المسئولية الوارد بها.

وقد نصت المادة ٩ من اتفاقية وارسو على أنه إذا قبل الناقل بضائع دون خطاب نقل جوي أو دون تضمينه البيانات التي نصت عليها الاتفاقية فإنه يحرم من التمسك بإحكام الاتفاقية التي تستبعد المسئولية أو تحديدها.

ويكون المرسل مسئولاً عن صحة البيانات والإقــرارات المتعلقــة بالبضاعة المخالفة للقوانين أو غير الصحيحة أو الناقصة التـــي يــدرجها المرسل أو تدرج باسمه[1]. كما يعتبر خطاب النقل الجوي قرينـــة علـــى إبرام عقد النقل وتسلم الناقل للبضاعة ولكنها قرينة بسيطة يجوز إثبـــات عكسها في مواجهة الشاحن، أما في مواجهة الغير فإن خطاب النقل الجوي له حجية مطلقة لا يجوز إثبات عكسها إذا تحقق الناقل من صحة البيانات المتعلقة بأوصاف البضائع وأثبت ذلك في خطاب النقل.

---

(1) المادة ٨ من اتفاقية وارسو، والمادة ٨ من بروتوكول لاهاي ١٩٥٥ ، والمادة ١٠ من بروتوكول مونتريال ١٩٧٥ .

الفرع الثاني

الالتزامات المترتبة على عقد النقل الجوي للبضائع

أولاً: التزامات الشاحن (المرسل منه):

أ- الالتزام بتسليم البضائع للناقل :

يلتزم الشاحن بتسليم البضائع للناقل وذلك في الزمان والمكان المتفق عليه، وإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق يكون التسليم وفقاً لما يقضي بـــه العـــرف التجاري في مكان القيام. كما يلتزم الشاحن بتسليم البضائع وفقاً للبيانـــات الصحيحة المدونة عليها من ناحية النوع والكمية والحجم وحالتها، على أن تدون هذه البيانات في خطاب النقل الجوي، وأن يرفق ما يدل على ذلـــك من مستندات يلتزم الشاحن أيضاً بتسليم البضائع من النوع الـــذي يـــسمح بتصديره في دولة القيام والوصول، كما يجـــب علـــى الـــشاحن اســـتيفاء الإجراءات اللازمة لإتمام تصدير البضائع من محطة القيام إلـــى مكـــان الوصول، مع استيفاء إجراءات الجمارك والعوائد في محطـــة الوصـــول، وإرفاق المستندات الدالة على ذلك ، ويجب على الشاحن أن يرفق جميـــع المستندات مع خطاب النقل الجوي.

حق الشاحن في توجيه البضائع أثناء النقل.

نطاق حق الشاحن في توجيه البضائع. وفقاً لنص المادة ١٢ من اتفاقيـــة وارسو يحق للشاحن (المرسل منه) حق التصرف في البضاعة وذلك إمـــا بسحبها من مطار القيام أو مطار الوصول، وإما وقفها خلال الرحلة عنـــد أي هبوط للطائرة، وإما بطلب تسليمها في جهة الوصول أو خلال الرحلة

إلى شخص آخر غير المرسل إليه المذكور في خطاب النقل الجوي، وإما بطلب إعادتها إلى مطار القيام.

كما أن حق الشاحن (المرسل منه) في توجيه البضاعة وفقاً لما سبق ينتهي حيث يبدأ حق المرسل إليه، فإذا رفض المرسل إليه استلام خطاب النقل الجوي أو رفض استلام البضاعة، أو تعزر الاتصال به، كان من حق الشاحن (المرسل منه) التصرف في البضاعة وتوجيهها كيفما شاء[1].

حق الشاحن (المرسل منه) في توجيه البضاعة أثناء عملية النقل مستمد من كونه في عقد النقل في حيازته خطاب نقل البضائع وبالتالي يعتبر هو الحائز القانوني لها، أما إذا تداول خطاب النقل إلى شخص آخر بالمناولة إذا كان لحامله أو بالتظهير إذا كان إذنيا[2]، فإن الشاحن يفقد حقه في توجيه البضاعة والتصرف فيها أثناء النقل.

شروط إعمال حق الشاحن (المرسل منه) في توجيه البضائع:

من نص المادة ١٢، ١٥ من اتفاقية وارسو يتضح أنه لإعمال حق الشاحن في التصرف في البضائع يشترط الآتي :

١- حيازة الشاحن (المرسل منه) لخطاب نقل البضائع.

٢- عدم الإضرار بالناقل أو الشاحنين الآخرين، أي عدم الإضرار بالطائرة والتزامات الناقل المتعلقة بالشاحنين الآخرين، وعدم

---

(1) المادة ١٣ من اتفاقية وارسو ١٩٢٩ .

(2) المادة ٨ من اتفاقية وارسو ١٩٢٩، أيضاً المادة ١٥ من بروتوكول لاهاي ١٩٥٥ .

الإضرار بهؤلاء الشاحنين بألا يترتب على إعمال هذه الحق التأخير في وصول بضائعهم أو تلفها.

٣- تسليم خطاب نقل البضائع للناقل، وإلا التزم الناقل بتعويض الأضرار الواقعة على من يحوز خطاب النقل حيازة قانونية.

٤- أن تكون تعليمات الشاحن (المرسل منه) بشأن التصرف في البضاعة وتوجيهها قابلة للتنفيذ. وإذا استحال تنفيذ أوامر الشاحن كان على الناقل إخطاره بذلك فوراً.

٥- أن يصدر الشاحن تعليماته للناقل التعاقدي وليس للناقل الفعلي.

٦- ألا تكون البضائع وصلت إلى مكان الوصول وإخطار المرسل إليه باستلامها مع إبداء رغبة المرسل إليه في استلام البضاعة من الناقل.

ب- التزام الشاحن (المرسل منه) بدفع الأجرة :

يلتزم الشاحن بدفع أجرة النقل المتفق عليها للناقل، فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق فإن الجرة المستحقة هي أجرة المثل بالنسبة لهذا النوع من البضائع وفقاً لما يقضي به العرف، مكان القيام، فإذا لم يوجد مثل هذا العرف، قام القاضي بتحديدها والأصل أن تدفع الأجرة في مكان القيام ولكن لا يوجد ما يمنع من الاتفاق على دفعها في مكان الوصول بشرط النص على ذلك في خطاب النقل، وألا لا يلتزم المرسل إليه بدفعها إلا إذا كان المرسل إليه هو المرسل. ويكون من حق الناقل تتبع البضاعة وبيعها بالمزاد العلني في حالة عدم دفع الأجرة المتفق عليه[١].

---

(١) المادة ٧/٤/د من الشروط العامة الاتحاد الدولي للنقل الجوي (الاياتا).

كما يلتزم الشاحن (المرسل منه) بدفع كافة الرسوم والجمارك والمصاريف الأخرى التي يتطلبها نقل البضائع من مكان القيام إلى مكان الوصول.

ثانياً: التزامات الناقل الجوي :

أ- الالتزام باستلام البضاعة وشحنها ورصها :

يلتزم الناقل باستلام البضاعة من المرسل في الزمان والمكان المتفق عليه، كما يلتزم باستلام كافة المستندات المتعلقة بخروج البضاعة من مكان القيام ودخولها في بلد الوصول، إذ يكون الشاحن مسئولاً قبل الناقل عن كل ما يقع من أضرار عن عدم وجود هذه البيانات والأوراق والمستندات أو عدم كفايتها أو عدم صحتها ما لم يوجد خطأ جانب الناقل أو تابعيه(١).

كما يلتزم الناقل بشحن البضاعة إلا إذا اتفق على أن الذي يقوم بالشحن هو المرسل، وذلك إذا رأى أن الشحن يجب أن يتطلب عناية خاصة لنوعية هذه البضائع وأنه يجب عليه أن يقوم بشحنها بنفسه.

ويلتزم أيضاً الناقل برص البضاعة داخل عنابر الطائرة وهذا الالتزام لا ينقل إلى الشاحن (المرسل منه) لأنه أمر فني يتعلق بتوازن الطائرة وقواعد الملاحة الجوي فيكون المسئول عنها هو الناقل.

ب- الالتزام بنقل البضاعة والمحافظة عليها :

يلتزم الناقل بنقل البضاعة وفقاً لخط السير المحدد والمتفق عليه ووفقاً لقواعد الملاحة الجوية، فلا يجوز له تغيير خط السير إلا إذا كانت هناك ظروف طارئة.

---

(١) المادة ١٦ من اتفاقية وارسو ١٩٢٩ .

كما يلتزم الناقل بالمحافظة على البضاعة وفقـــاً لطبيعتهـــا، بـــأن يضعها في المكان المناسب لها من ناحية التبريد والتهوية، والناقل يلتـــزم في سبيل المحافظة على البضاعة ببذل العناية اللازمة وفقاً لمعيار التاجر العادي منذ لحظة استلامه البضاعة في مكان القيام حتى لحظة تسليمه لها في مكان الوصول للمرسل إليه، أما العناية الخاصة التي تتطلبها البضاعة ولا تتفق مع طبيعة عمل الناقل فهو لا يلتزم بها وإنما على الشاحن القيام بذلك.

ج- الالتزام بتفريغ البضاعة وتسليمها للمرسل إليه :

يلتزم الناقل بتفريغ البضائع عند وصول الطائرة إلا إذا اتفـــق علـــى أن المرسل أو المرسل إليه هو الذي يقوم بالتفريغ، كما يلتزم الناقل بتـــسليم البضاعة للمرسل إليه الذي يحوز خطاب النقل حيـــازة قانونيـــة، وعليـــه التحقق من ذلك.

الفرع الثالث

مسئولية الناقل الجوي للبضائع

أساس مسئولية الناقل الجوي للبضائع :

تقوم مسئولية الناقل الجوي على أساس الخطأ المفترض في جانبه وليس على الشاحن أو المرسل إليه سوى إثبات الضرر، إذ أن اتفاقية وارسو بموجب إقامتها قرينة الخطأ في جانب الناقل أي هي تعلق عبء إثبات الخطأ من على عاتق الشاحن أو المرسل إليه والقت به على عاتق الناقل في إثبات نفي الخطأ، وذلك عن طريق إقامة الدليل على أنه وتابعيه اتخذوا كافة الاحتياطات اللازمة لمنع وقوع الخطأ وتوقي الضرر، أو أنهم كان من المستحيل عليهم اتخاذها[١]، ونرى أنه يقصد بهذه الحالة الأخيرة القوة القاهرة.

لم تتحدث اتفاقية وارسو إلا عن الضرر وأن يكون هذا الضرر ناتجاً عن واقعة حدثت أثناء النقل الجوي، حيث نصت المادة١٨/١ من الاتفاقية على أنه يلزم لكي تنعقد مسئولية الناقل الجوي، أن يلحق البضائع ضرر، وأن يكون هذا الضرر ناتجاً عن واقعة حدثت أثناء النقل الجوي.

حالات مسئولية الناقل الجوي للبضائع :

يسأل الناقل الجوي عن هلاك البضاعة وتلفها[٢]، كما يسأل عن الضرر الذي يترتب على التأخير في وصول البضاعة[٣].

---

(١) المادة ٢٠ من اتفاقية وارسو ١٩٢٩ .
(٢) المادة ١٨ من اتفاقية وارسو ١٩٢٩ .
(٣) المادة ١٩ من اتفاقية وارسو ١٩٢٩ .

أ – الهــلاك :

يقصد بالهلاك عدم وصول البضاعة أو ضياعها سواء كان ذلك كلياً حيث يكون الهلاك الكلي، أو جزئياً حيث الهلاك الجزئي، والهلاك هو انعــدام البضاعة لأي سبب، كالاحتراق أو الضياع أو السرقة أو غير ذلــك مــن الأسباب.

ب - التــلف :

هو وصول البضاعة لكنها معيبة أي غير صالحة فيما أعدت له والتلف قد يكون كلياً إذا أصاب البضاعة كلها، أو يكون جزئياً إذا أصاب جزء مــن البضاعة.

ج - التأخيــر :

يقصد به عدم وصول البضاعة في المكان المتفق عليه في الموعد المحدد، سواء كان هذا الموعد متفق عليه في عقد النقل، أو غير متفق عليه فيكون تحديده وفقاً لما يقضي به العرف في نقــل بــضاعة مماثلــة فــي ذات الظروف.

حالات إعفاء الناقل من المسئولية :

يعفي الناقل من المسئولية وفقاً لأحكام اتفاقية وارسو في الحالات الآتية:

١ - اتخاذ التدابير اللازمة لتجنب الضرر :

التدابير الضرورية لتجنب الضرر ليست لها معياراً محدداً وإنما تقدر وفقا لكل حالة على حدا، ويتم ذلك بانتداب خبير، والمرجع في النهاية لتقــدير محكمة الموضوع.

٢ - القوة القاهرة :

رغم أن عبارة القوة القاهرة لم ترد بشكل صريح في أحكام اتفاقية وارسو، إلا أنه يمكن استخلاص مفهومها من نص المادة ٢٠ من الاتفاقيـــة التـــي تعفي الناقل من المسئولية إذا أثبت أنه اتخـــذ الاحتياطـــات والإجـــراءات الضرورية لمنع وقوع وتجنب الضرر، أو أنه كان من المـــستحيل عليـــه اتخاذها، حيث نفهم من استحالة اتخاذ التدابير الـــضرورية لمنـــع وقـــوع الضرر بأنها القوة القاهرة التي تؤدي إلى هذه الاستحالة.

٣ - خطأ الشاحن (المرسل منه) :

إذا أثبت الناقل أن الضرر كان نتيجة خطأ الشاحن (المرسل منه) نتيجـــة الإدلاء ببيانات غير صحيحة عن البضاعة في خطاب النقل أو أنـــه كـــان ملتزماً عن عملية الشحن. أو التفريغ وتم ذلك بطريقة خاطئة، أو أنه لم يقم بتسليم البضاعة أو تسلمها في المكان والميعاد المتفق عليه او غير ذلك من الأسباب التي تعود إلى الشاحن (المرسل منه). ويلحـــق بخطـــأ الـــشاحن (المرسل منه) خطأ المرسل إليه، كأن يمتنـــع عـــن الحـــضور لاســـتلام البضاعة، أو حضر ورفض استلامها.

٤ - العيب الذاتي:

قد يرجع الضرر الذي يصيب البضاعة إلى عيب ذاتي داخلي، كقابليتهـــا للكسر في الظروف العادية أو تفاعلها التلقائي أو تعفنها وغير ذلـــك مـــن الأسباب التي ترجع إلى الطبيعة الذاتية للبضاعة وعدم تحملها النقل فـــي الظروف العادية.

وبموجب تعديل بروتوكول لاهاي عام ١٩٥٥ في المــادة ٢/٢٣، أعطى للناقل إمكانية اشتراط إعفاءه من المسئولية، عما يلحق البضاعة من ضرر، نتيجة العيوب الذاتية التي ترجع إلى طبيعتها.

دعوى مسئولية الناقل الجوي :

يرفع المدعي دعواه امام قضاء دولة من الدول الأطراف في اتفاقية وارسو، ويجب في هذه الحالة أن يكون للناقل موطن على أراضي هــذه الدولة، أو أن يكون مركز نشاطه الرئيسي أو أحد فروعه ينوب عنه فــي إبرام العقود بها.

كما يمكن رفع الدعوى أمام المحكمة التي تقع دائرتها فــي مكــان الوصول[١]. في حالة النقل المتتابع الذي يشارك فيه عدة ناقلين تم باعتباره عملية نقل واحدة سواء تم ذلك بعدة عقود أو عقد واحــد، فإنــه يكــون للمرسل الحق في رفع الدعوى على الناقل الأول، ويكون للمرســل إليــه الحق في مقاضاة الناقل الأخير، ويكون لكليهما رفع الدعوى على الناقــل الذي باشر مرحلة النقل الذي تحقق الضرر خلالها، ويكون الناقلون الذي ترفع عليهم الدعوى متضامنين قبل المرسل أو المرسل إليه[٢].

الدفع بعدم سماع دعوى المسئولية :

يحق للناقل الجوي للبضائع الدفع بعدم سماع دعوى المسئولية وفقاً لأحكام اتفاقية وارسو إذا توافرت الشروط التالية [٣]:

---

(١) المادة ٢٨ من اتفاقية وارسو ١٩٢٩ .

(٢) المادة ٣٠ من اتفاقية وارسو ١٩٢٩ .

(٣) المادة ٢٦ من اتفاقية وارسو ١٩٢٩ المعدلة في برووكول لاهاي ١٩٥٥ .

١ - الهلاك الجزئي والتلف والتأخير :

فضلا عن الهلاك الجزئي والتلف أجازت اتفاقية وارسو للناقــل التمــسك بعدم قبول أو سماع دعوى المسئولية في حالة عدم وصول البضاعة فـــي الموعد المتفق عليه أو الموعد المعقول لوصولها وفقاً للعــرف الجــاري لبضاعة المثل في ذات ظروف النقل، وذلك إذا خلا العقد من تحديد موعد. وكما سبق أن ذكرنا فإن القانون المصري يقتصر الدفع بعدم قبول الدعوى على الهالك الجزئي والتلف فقط، على اعتبار أن التأخير سهل إثباته فـــي أي وقت.

٢ - استلام المرسل إليه البضائع :

يجب لكي يتمسك الناقل بهذا الدفع أن يتسلم المرسل إليـــه البــضاعة لأن كتابة التحفظات والاحتجاج على وجود الضرر يستلزم الاستلام للبضائع.

٣ - عدم كتابة الاحتجاج في الميعاد المحدد.

لكي يتمسك الناقل بهذا الدفع، يجب ألا يكون المرسل إليه قـــدم احتجـــاج مكتوب للناقل خلال أربعة عشر يوماً بالنسبة للبضائع أو سبعة أيام بالنسبة للأمتعة، وتحسب المدة من تاريخ استلام المرسل إليه للبضاعة، أمـــا فـــي حالة التأخير فيلزم تقديم الاحتجاج خلال واحد وعشرون يوماً من تـــاريخ وضع البضاعة تحت تصرف المرسل إليه.

٤ - عدم غش الناقل أو تابعيه :

إذا توافر في حق الناقل أو أحد تابعيه الغش، فإنه لا يحـــق لـــه التمـــسك بالدفوع بعدم قبول دعوى المسئولية، لأن الغش يفسد كل شيء.

مدة رفع الدعوى :

يجب رفع الدعوى خلال سنتين من تاريخ وصول البضاعة، أو من التاريخ الذي كان يجب أن تصل فيه، فإذا انقضت المدة المحددة دون رفع الدعوى، فإنه يترتب على ذلك انقضاء حق المضرور في رفع الـــدعوى. وهذه المدة هي مدة تقادم تخضع للانقطاع والوقف.

المطلب الثالث

عقد النقل الجوي الدولي للأشخاص

الفرع الأول

تعريف عقد النقل الجوي الدولي للأشخاص وتكوينه وإثباته

لم تقم اتفاقية وارسو بتعريف عقد النقل الجوي للأشخاص ويمكن لنا تعريف هذا العقد بأنه "العقد الذي يلتزم بمقتضاه الناقل بنقل الأشخاص من مكان إلى آخر جواً مقابل أجر وفقاً لأحكام اتفاقية وارسو والبروتوكولات المعدلة لها". يخضع عقد النقل الجوي للأركان الموضوعية العامة التي يجب توافرها في أي عقد وهي الرضا والمحل والسبب والأهلية.

كما يعتبر عقد النقل الجوي الدولي للأشخاص من العقود الرضائية التي تنعقد بمجرد توافق الإرادتين دون تطلب إفراغه في شكل خاص، كما يمكن إثباته بكافة طرق الإثبات.

وعقد النقل الجوي الدولي للأشخاص وفقاً لاتفاقية وارسو ليس من العقود التي يكون فيها الناقل في حالة إيجاب دائم، وإنما أجازت الاتفاقية للناقل رفض التعاقد، حيث له سلطة غير مقيدة للرفض في مواجهة الجمهور[1].

([1]) المادة ٢ من اتفاقية وارسو.

رغم أن المسافر يمكنه إثبات عقد النقل الجوي بكافة طرق الإثبات بما فيه البينة والقرائن، إلا أننا نجد اتفاقية وارسو تلـزم الناقـل بتـسليم المسافر تذكرة سفر مشتملة على البيانات التالية [1]:

- مكان وتاريخ الإصدار.
- نقطتي القيام والوصول.
- المحطات التي يحق للناقل أن يهبط بها.
- اسم وعنوان الناقل.
- ذكر أن النقل يخضع لأحكام اتفاقية وارسو وأحكام تحديـد الناقـل للمسئولية

اعتبرت اتفاقية وارسو وبروتوكول لاهاي عام ١٩٥٥ تذكرة النقل المسافر دليلاً لإثبات عقد النقل الجوي ومحتوياته، ولكن جاء بروتوكـول جواتيمالا١٩٧١ بتقليل عدد هذه البيانات ، واقتصارها على بيان نقطتـي القيام والوصول، وبيان المرسى الجوي التي تهبط فيه الطائرة في حالة إذا كانت نقطة القيام والوصول تقع في إقليم دولة واحدة متعاقدة ، بالإضـافة لبيانات المسافر والناقل.

وأجاز بروتوكول جواتيمالا ١٩٧١ استخدام أية وسيلة أخرى تتولى تسجيل هذه البيانات لتحل محل تسليم تذكرة النقل. نصت اتفاقية وارسـو أيضاً في المادة الرابعة أنه يتعين على الناقل عند نقل الأمتعة فيما عدا ما يصحبه معه المسافر من متعلقات شخصية على الطائرة أن يحرر استمارة من صورتين، أحدهما للناقل والأخرى للمسافر يوضح بها مكان وتـاريخ

---

(1) المادة ٣ من اتفاقية وارسو.

الإصدار ونقطتي القيام والوصول واسم وعنوان الناقل ورقم التذكرة، والنص على أن تسلم الأمتعة لصاحب الاستمارة، وعدد الطرود والوزن، والنص على النقل يخضع لأحكام اتفاقية وارسو.

فإذا لم تسلم للمسافر تذكرة نقل واستمارة أمتعة أو سلمت له معيبة أو عدم صحة بياناتها أو الخطأ في هذه البيانات، فإنه لا تأثير لذلك على عقد النقل أو على صحته، وإنما لا يجوز للناقل التمسك بأحكام هذه الاتفاقية التي تعفيه من المسئولية، كما لا يجوز له التمسك بأحكام تحديد مسئوليته.

الفرع الثاني

الالتزامات المترتبة عل عقد النقل الجوي الدولي للأشخاص

أولاً: التزامات المسافر :

١ - يلتزم المسافر بالتواجد في المكان والزمان المتفق عليه:

يجب على المسافر التواجد في المطار قبل إقلاع الطائرة بوقت كاف حتى يتمكن من إنهاء الإجراءات الجمركية والإدارية اللازمة لعملية السفر مثل وزن الحقائب والأمتعة والمرور من نقاط التفتيش ومراجعة شرطة المطار للتأكد من حمل الوثائق المطلوبة. ويجوز للناقل إلغاء سفر المسافر إذا تأخر من وقت إقلاع الطائرة، ولا يلتزم الناقل بتعويض الراكب عن الأضرار في مثل هذه الحالة.

٢ - يلتزم المسافر باتباع تعليمات الناقل :

على الراكب اتباع تعليمات قائد الطائرة لأن الأمر يتعلق بسلامة الرحلة والركاب الآخرين، فيجب عليه ربط الأحزمة إذا طلب ذلك وعدم التجول بالطائرة وغلق الأجهزة الإلكترونية ووضع الحقائق التي يصحبها الراكب معه في أماكنها.

٣ - يلتزم المسافر بالقوانين واللوائح المنظمة للشئون الإدارية والصحية والجمركية :

يتعين على الراكب احترام وتنفيذ القوانين واللوائح الإدارية في دولة القيام مثل التفتيش والجر الصحي وغيرها، وفي دولة الوصول مثل الحصول على تأشيرة دخول وإجراءات الجمارك، وفي جميع الحالات على الراكب حمل المستندات المطلوبة وفقاً لقوانين ولوائح دولة القيام ودولة الوصول.

٤ - الالتزام بدفع الأجرة: يلتزم الراكب بدفع الأجرة المتفق عليها :

هذه الأجرة يتقاضاها الناقل غالباً عند إصدار التذكرة، وغالباً مـــا يقـــوم الراكب بحجز المقعد والمكان أولاً ثم يقوم بعد ذلك بدفع قيمـــة التـــذكرة وعليه الالتزام بميعاد السماح المحددبين حجز التذكرة ودفع قيمتهـــا، وإلا كان من حق الناقل الغاء الحجز.

ثانياً: التزامات الناقـــل:

١ - الالتزام باعطاء الراكب تذكرة سفر :

يلتزم الناقل بتسليم المسافر تذكرة سفر مشتملة على البيانات الصحيحة وفقاً لما ذكرته اتفاقية وارسو ١٩٢٩ والبروتوكولات المعدلة لها وقواعد منظمة "الاياتا". كما يلتزم الناقل بحجز مكان في الطائرة للراكـــب وفقـــاً للمقعـــد المخصص له والدرجة المتفق عليها.

٢ - الالتزام بضمان السلامة :

يلتزم الناقل بنقل الراكب سليماً معافاً إلى المكان المتفق عليه، حيث تقـــوم مسئولية الناقل عن الإضرار التي تصيب المسافر مثل الوفاة والإضـــرار البدنية والنفسية أيضاً لأنه من المتفق عليه أن الأضرار النفسية قد تكـــون أشد من الأضرار البدنية، كما إذا حدث للطائرة حادثة أصابت أحد الركاب بأضرار نفسية، كالفزع والهياج والتشنجات وغيرها. أما الوعكة الصحية نتيجة ركوب الطائرة فلا يسأل عنها الناقل، لأن هناك أشخاص تحدث لهم هذه الوعكات الصحية من مجرد ركوب الطائرة والتحليق فـــي الأمـــاكن المرتفعة.

والتزام الناقل بضمان سلامة الراكب تكون منذ لحظة اصطحابه إلـــى الطائرة حتى لحظة وصوله إلى صالة الوصول، ولا نتفق مع ما ذهب إليه جانب من الفقه[1] من اقتصر مسئولية الناقل منذ لحظة صـــعود الراكـــب الطائرة حتى نزوله منها، ولا تتفق مع جانب آخر من الفقـــه[2] مـــن أن مسئولية الناقل تبدأ من لحظة أن تطأ قدم الراكب أرض المطـــار حتـــى خروجه منه، لأن في ذلك مغالاه شديدة في مسئولية الناقـــل خاصـــة أن الراكب في هذه الرحلة لا يخضع لسيطرة الناقل أو رقابته، وأننا قررنـــا مسئولية الناقل منذ لحظة خضوع الراكب لتوجيهات الناقل وهـــي لحظـــة اصطحابه بالحافلة أو الأنبوب حتى لحظة وصوله إلى صالة الوصول.

٣ - الالتزام بضمان سلامة الأمتعة :

يلتزم الناقل بنقل الراكب وأمتعته، لذلك يتعـــين عليـــه أن تـــصل الأمتعة إلى الراكب بدون أضرار، وقد نصت المادة١٨ من اتفاقية وارسو على أن الناقل الجوي يكون مسئولاً عن هلاك أو ضياع أو تلف الأمتعـــة المسجلة، وهي الأمتعة التي يقوم الراكب بتسليمها للناقل ويـــصدر عنهـــا إيصال، أما الامتعة الشخصية التي يصحبها الراكب معه على الطائرة فلا يسأل عنها الناقل إلا إذا أفصح الراكب عن طبيعة محتواها وقيمتها إلـــى الناقل.

---

(١) د/ محمود مختار بربري، المرجع السابق، ص٧٨ .

(٢) دم ثروت الأسيوطي : مسئولية الناقل الجوي، ص ٢٥٥، د/ أبو زيد رضوان : المرجع السابق، ص٣٢٣ .

والأمتعة المسجلة يسأل عنها الناقل طالما فـــي حراســته أي منـــذ لحظة استلامها من الراكب حتى لحظة تسليمه لها سواء كان ذلــك علـــى أرض المطار أو في الطائرة أو خارج المطار طالما في حراستة الناقل .

٤ - الالتزام بإتمام الرحلة في المكان والميعاد المتفق عليه:

يلتزم الناقل بنقل الراكب وأمتعته في المكان والميعاد المتفق عليه وإلا كان مسئولاً عن الأضرار التي تقع على الراكب من جراء ذلك، فإذا لم يوجـد اتفاق بين الناقل والراكب، فإن الناقل يلتزم بالمدة المعقولة، وهذا ما نصت عليه المادة ١٩ من اتفاقية وارسو، وتقدير المدة المعقولة في حالــة عــدم الاتفاق يخضع لتقدير القاضي الذي يعرض عليه النزاع.

حالات مسئولية الناقل في عقد النقل الجوي الدولي للأشخاص :

١ - الأضرار التي تصيب الراكب :

وهي تتمثل في الوفاة والأضرار البدنية والنفسية ولا تمتد إلـــى الوعكـــة الصحية.

٢ - الأضرار التي تصيب الأمتعة:

وتشمل الأمتعة المسجلة الموجود عنها إيصال، ولا تمتد إلى الأمتعة التـــي يصحبها المسافر إلى الطائرة إلا إذا قام بتسجيل محتواها والإفصاح عنه.

٣ - التأخير :

وكما سبق أن ذكرنا، يسأل الناقل عن التأخير عن الميعاد المتفق عليه أو الميعاد المعقول.

حالات إعفاء الناقل من المسئولية :

نصت المادة ٢٠ من اتفاقية وارسو على أن "الناقل لا يكون مسئولاً، إذا أثبت أنه وتابعيه قد اتخذوا كل الإجراءات الضرورية، لتجنب الضرر، أو أنه كان من المستحيل عليهم اتخاذها". كما نصت المادة ٢١ من الاتفاقية على أنه "في الحالة التي يثبت فيها الناقل أن خطأ الشخص المضرور، سبب الضرر أو أسهم فيه، فإن المحكمة تستطيع طبعاً لنصوص قانونها ، استبعاد او تخفيف مسئولية الناقل.

يتضح من ذلك أن حالات إعفاء الناقل من المسئولية في عقد النقل الجوي للأشخاص هي كما يلي :

١ - اتخاذ التدابير الضرورية واللازمة لتجنب وقوع الضرر :

سبق أن قمنا بشرح ذلك في مسئولية الناقل عن عقد نقل البضائع، حيث يعفي الناقل وتابعيه من المسئولية عن الأضرار التي تصيب المسافر أو أمتعته أو التأخير في الوصول إذا أثبت الناقل أنه وتابعيه قاموا باتخاذ كافة التدابير اللازمة والضرورية لمنع وقوع الضرر، والذي يقدر هذه التدابير هو الخبير الفني الذي يكون ملماً بأصول الملاحة الجوية في ضوء ما يقتنع به قاضي الموضوع.

٢ - القوة القاهرة :

نحيل إلى ما سبق أن ذكرناه بخصوص عقد نقل البضائع جواً.

٣ - خطأ الراكب :

عالجت المادة ٢١ من اتفاقية واروس حالة خطأ الراكب إذا كان هو سبب الضرر، حيث أحالت الاتفاقية للقوانين الداخلية، فالقاضي وفقاً لقوانينه

يستطيع إعفاء الناقل من المسئولية والتخفيف منها، ووفقاً لأحكام القـــانون المصري فإن خطأ المضرور يعد سبب من أسباب إعفـــاء الناقـــل مـــن المسئولية، إلا إذا كان هناك خطأ مشترك بين الراكب والناقل، حيث يسأل الناقل بنسبة خطاؤه.

تحديد مسئولية الناقل في عقد النقل الجوي للأشخاص :

حددت اتفاقية وارسو الحد الأقصى لمسئولية الناقل والذي لا يـــستطيع القاضي تجاوزه عند الحكم بالتعويض ولكن من الممكن الحكم بأقل منه إذا كان الضرر لا يرقى إلى قيمة هذا الحد، وهو كما يلي:

١- ١٢٥,٠٠٠ مائة وخمسة وعشرون ألف فرنك ذهب لكـــل راكـــب وذلك عما يلحقه من وفاة أو إصابة.

٢- ٥٠ فرنك ذهب عن كل كيلو في الأمتعة المسجلة.

٣- ٥٠٠٠ خمسة آلاف فرنك عن فقد أو تلف الأشياء التي يحتفظ بها الراكب في حوزته أياً كان قيمتها، إلا إذا أفصح عن محتواها كأن تكون مجوهرات أو ذهب أو غير ذلك.

- قام بروتوكول لاهاي ١٩٥٥ برفع حد التعويض للراكب عن الوفـــاة أو الإصابة إلى ٢٥٠,٠٠٠ مائتان وخمسون ألاف فرنك ذهب[١].

- في اتفاقية مونتريال ١٩٦٦ تم رفع الحد الأقصى للتعويض عن الوفـــاة أو الإصابة إلى ٧٥,٠٠٠ دولار.

---

(١) المادة ١١ من بروتوكول لاهاي ١٩٥٥ .

- في بروتوكول جواتيمالا ١٩٧١ تم رفع الحد الأقصى للوفاة أو الإصابة إلى مليون ونصف مليون فرنك ذهب فرنسي وإلى ٦٢,٥٠٠ فرنك ذهب فرنسي عن التأخير لكل راكب[١].

حالات عدم تحديد المسئولية :

يسأل الناقل مسئولية مطلقة بدون تحديد للمسئولية وفقاً لحدود التعويض السابقة في الحالات التالية :

أ – النقل بدون تذكرة نقل أو كانت التذكرة بها خطأ أو معيبة.

ب- إذا ارتكب الناقل هو أو تابعيه غش أو خطأ جسيم.

ج- إذا تم النقل بدون منفستو وهو بيان بأسماء الركاب وعناوينهم.

د- إذا لم ينص الناقل في تذكرة النقل على الخضوع لأحكام الاتفاقية وتحديد المسئولية وفقاً لها.

دعوى المسئولية :

نصت المادة ١/٢٩ من اتفاقية وارسو على أن دعوى المسئولية يجب أن ترفع خلال سنتين من تاريخ وصول الطائرة، أو التاريخ الذي كان يجب أن تصل فيه، أو من تاريخ توقف النقل، تحسب هذه المدة وفقاً لقانون المحكمة المختصة بنظر النزاع. والمحكمة المختصة بنظر النزاع هي بحسب اختيار المدعي محكمة موطن الناقل، أو المحكمة التي يقع في دائرتها مركز الناقل الرئيسي ، أو المحكمة التي تقع في دائرتها مكان إبرام العقد ، أو محكمة مكان الوصول.

---

(١) المادة ٨/أ من بروتوكول لاهاي ١٩٥٥

المبحث الثاني
عقد النقل الجوي الداخلى وفقا لأحكام قانون التجارة
رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩

النقل الجوي الداخلى فى مصر يخضع لنصوص المواد من ٢٨٤ إلى ٢٩٩ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ، حيث نصت المادة ٢٨٥ من هذا القانون على أن " وتسرى على النقل الجوي الداخلى أحكام هذا الفرع والأحكام الخاصة المنصوص عليها فى المواد التالية " .

والجدير بالذكر أنه لا يجوز للطائرات الأجنبية القيام بنقل ركاب أو بضائع أو بريد بين نقطتين واقعتين فى إقليم الجمهورية ، ومع ذلك يجوز لسلطات الطيران المدني التصريح بمثل هذا النقل إذا اختص الصالح ذلك[١] .

والهدف من ذلك هو المحافظة على سيادة إقليم الدولة وحماية الشركات الوطنية من منافسة الشركات الأجنبية .

ومما لا شك فيه أنه إذا كانت شركات الطيران المصرية فى النقل الداخلى بإدراج شروط فى تذكرة النقل الداخلى وضعها الاتحاد الدولى للنقل الجوي " الإياتا " فإنها تعتبر جزءاً من مضمون عقد النقل وقبول المتعاقدين لها هو أساس القوة الملزمة لهذه الشروط ، وهذ شركات الطيران من ذلك هو توحيد القواعد التى تحكم النقل الداخلى .

أولا : المقصود بالنقل الجوي الداخلى :

---

[١] المادة ٦٩ من الطيران المدني رقم٢٨ لسنة ١٩٨١ .

يقصد بالنقل الجوي نقل الأشخاص أو الأمتعة او البضائع بالطائرات وتحقيق الربح [٢]

ويكون النقل الجوي داخلياً إذا كانت النقطتان المبينتان باتفاق المتعاقدين للقيام والوصول واقعتين فى مصر ولو كانت الطائرة تواصل رحلتها بعد مغادرة نقطة الوصول إلى ما وراء الحدود الإقليمية ، فإذا كانت الطائرة متجهة إلى إثيوبيا مثلا وأحد الركاب تعاقد على النقل من القاهرة غلى اسوان فإن النقل هذا يعتبر بالنسبة لهذا الناقل داخلياً حتى لو الطائرة أكملت الرحلة إلى إثيوبيا ، لأن العبرة بكل عقد على حدا ، فقد يكون النقل دوليا بالنسبة لأحد الركاب وداخليا بالنسبة لراكب آخر ، فالعبرة بما هو متفق عليه فى عقد النقل وليس بتنفيذ الرحلة ، والعبرة أيضا فى النقل الداخلى بنقطة القيام والوصول وليس بجنسية الطائرة أو جنسية الركاب .

إثبات عقد النقل الداخلى :

بمجرد إبرام عقد النقل الداخلى يلتزم الناقل بتسليم المسافر وثيقة نقل مشتملة على بيان مكان وتاريخ الإصدار ، ونقطة القيام والوصول ، واسم الناقل وعنوانه واسم الراكب وعنوانه ، بيان خضوع مسئولية الناقل الحدود المسئولية المنصوص عليها فى المادة ٢٩٢ من أحكام قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ وإلا امتنع على الناقل التمسك بهذه الأحكام[١] .

---

[٢] المادة ٢٨٤ /١ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .

[١] المادة ٢٨٦ / ١ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .

ورغم أن عقد النقل الجوي الداخلى يتم إثباته بوثيقة نقل إلا أنه يظل عقداً رضائياً ملزما للجانبين .

ثانيا : **الالتزامات التى يرتبها عقد النقل الداخلى** :

التزامات المسافر أو الشاحن :

أ – التزامات المسافر :

١- يلتزم المسافر بتنفيذ تعليمات الناقل والتواجد فى الزمان والمكان المحدد للنقل كما يلتزم بالإفصاح عن الأمتعة المسجلة أو الأمتعة المصحوبة معه على الطائرة .

ويقصد بالأمتعة المسجلة الأشياء التى يجوز للمسافر حملها معه على الطائرة وتسلم للناقل لتكون فى حراسته أثناء السفر ، أما الأمتعة غير اسمجلة فهي الأشياء الصغيرة والشخصية التى تبقى في حراسة الراكب أثناء السفر [٢]

٢- التزام المسافر بدفع الأجرة :

يلتزم المسافر بدفع الأجرة المقررة فى وثيقة النقل ، ولكن إذا اتفق على أن يكون النقل بالمجان فلا يكون النقل الجوي مسئولاً إلا إذا أثبت طالب التعويض أن الضرر نشأ عن خطأ صدر من الناقل أو احد تابعيه أو وكلائه ، وفى هذه الحالة يجوز للناقل الجوي او تابعيه أو لوكيله التمسك بتحديد المسئولية وفقا للمادة ٢٩٢ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ والتى سوف يأتي ذكرها عند الحديث عن مسئولية الناقل[١] .

---

[٢] المادة ٢٨٤ / ٢ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .

[١] المادة ٢٩٧ / ١ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .

ويعتبر النقل مجانيا إذا كان بدون أجرة ولم يكن الناقل محترفاً النقل ، فإذا كان محترفاً اعتبر النقل غير مجاني ولو كان بغير أجرة [٢]

ب - التزامات الشاحن :

فى حالة شحن بضائع يلتزم الشاحن بشحن البضاعة المتفق عليها وتسليمها فى الزمان والمكان المتفق عليه ، وعليه الإدلاء بالمواصفات الصحيحة عن البضاعة فى وثيقة النقل ، كما يلتزم بدفع الأجرة المقررة ولا يتصور أن يكون النقل بالمجان فى نقل البضائع على عكس الحال فى نقل الأشخاص ، إذ قد يكون للدعاية كنقل المشاهير والوزراء وبعض الشخصيات .

التزامات الناقل :

- يلتزم الناقل الجوي فى النقل الداخلى للأشخاص بالتحقق من استيفاء المسافرين على الطائرة والأمتعة التى يحتفظ المسافرعون بحيازتها اثناء السفر للشروط اللازمة للصعود على الطائرة كما يقررها القانون ولوائح النقل [٣] كما إذا كانت هناك مستندات نصية أو رسوم أو غير ذلك من الإجراءات ، كما يلتزم الناقل بالقيام بالنقل فى الميعاد والمكان المتفق عليه ، وأن يسلك خط السير المعتاد وفقا لأصول الملاحة الجوية .
- وفى عقد نقل البضائع يلتزم الناقل فى النقل الداخلى بالتحقق من البضائع المشحونة وأنها طبقا لما هو متفق عليه وأنها مستوفاة للشروط اللازمة للصعود على الطائرة كما يقررها القانون ولوائح النقل . كما

---

[٢] المادة ٢٩٧ / ٢ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .

[٣] المادة ٢٨٦ / ٢ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .

يلتزم باستلام البضائع من الشاحن والقيام بشحنها ورصها ونقلها والمحافظة عليها وتفريغها وتسليمها للمرسل إليه .

ثالثا : **حالات مسئولية الناقل** :

يسأل الناقل عن الأضرار التى تحدث فى الحالات الآتية :

١ - وفاة الراكب أو إصابته بجروح أو أى ضرر بدني :

يسأل الناقل عن الضرر المترتب على وفاة الراكب أو الجروح أو أى ضرر بدني يلحق به ، والتزام الناقل يقوم على أساس شمان سلامة الراكب .

كما يسأل الناقل عن الضرر الذي يحدث فى حالة وفاة الراكب أو إصابته بجروح أو بأى ضرر بدني آخر إذا وقع الحادث الذي أدى إلى الضرر أثناء وجود الراكب فى حراسة الناقل أو تابعيه داخل مطار القيام أو فى الطائرة او داخل مطار الوصول أو أى مطار أو مكان آخر تهبط فيه الطائرة اختياراً أو اضطراراً .

٢ - هلاك الأمتعة أو البضائع أو تلفها :

يسأل الناقل عن الإهلاك أو التلف – وسبق بيان المقصود بالهلاك أو التلف – الذي يصيب أمتعة الراكب المسجلة او البضائع إذا وضع الحادث الذي أدى إلى الضرر أثناء النقل الجوي .

والمسئولية – منا سبق أن ذكرنا قائمة على الخطأ المفترض فى حق الناقل ، حيث يكفي المضرور بإثبات الضرر .

لكن لا يسأل الناقل الجوي عن الأشياء الصغيرة أو الشخصية التى تبقى فى حراسة المسافر أثناء السفر إلا إذا أثبت المسافر صدور خطأ

من الناقل او من تابعيه[1] ، أى أن المسئولية هنا لا تقوم على الخطأ المفترض دائماً على الراكب إثبات خطأ الناقل او تابعيه .

يسأل الناقل الجوي عن هلاك الأمتعة او البضائع أو تلفها خلال الفترة التى تكون فيها الأمتعة أو البضائع فى حراسة الناقل أو تابعيه داخل مطار القيام او أثناء الطيران أو داخل مطار الوصول أو مكان ىخر تهبط فيه الطائرة اختياراً أو اضطراراً [2] .

ولا يسأل الناقل الجوي عن هلاك الأمتعة أو البضائع أو تلفها إذا كانت محل نقل برى أو بحرى أو نهري يقع خارج المطار إلا إذا كان هذا النقل لازما لشحن الامتعة أو البضائع أو لتسليمها أو لنقلها من طائرة إلى أخرى تنفيذاً لعقد النقل الجوي [3] .

ويعتبر فى حكم الهالكة الأمتعة أو البضائع التى لا يسلمها الناقل للمرسلة إليه أو يخطره بالحضور لتسليمها خلال ثلاثين يوما من تاريخ انقضاء الميعاد المعين ، وفى حالة عدم تعيين ميعاد للتسليم تحسب مدة الثلاثين يوما من تاريخ انقضاء الميعاد الذي يستغرقه الناقل الجوي العادي فى النقل إذا وجد فى نفس الظروف [1] والجدير بالذكر أن الناقل مسئولا عن هلاك الأشياء التى يقرر قائد الطائرة إلقائها لسلامة الطائرة [2] .

---

[1] المادة ٢٩١ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .

[2] المادة ٢٨٨ / ٢ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .

[3] المادة ٢٨٨ / ٣ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .

[1] المادة ٢٨٩ / ٢ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .

[2] المادة ٢٩٩ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .

٣ - التأخير :

يسأل الناقل عن الضرر الذي يترتب على التاخير فى وصول الراكب او الأمتعة أو البضائع إذا وصل الراكب أو الامتعة أو البضائع عن الميعاد المحدد أو الميعاد الذي يستغرقه الناقل الجوي العادي فى النقل إذا وجد فى نفس الظروف فى حالة عدم تحديد ميعاد الوصول .

رابعا : حالات إعفاء الناقل من المسئولية :

يعفى الناقل من المسئولية فى الحالات التالية [٣]

١ - القوة القاهرة (سبق شرحها) .

٢ - العيب الذاتي للبضائع (سبق شرحها) .

٣ - خطأ المرسل أو المرسل إليه (سبق شرحها أيضا فى حالة نقل البضائع جوا) .

٤ - خطأ الراكب (يرجع إلى ما سبق شرحه) .

وإذا كان الضرر ناتجاً عن خطأ مشترك بين الناقل والمرسل أو المرسل إليه أو الراكب يسأل الناقل عن الضرر الواقع بنسبة خطأ ويقدر التعويض على هذا الأساس[٤] .

---

[٣] المادة ٢٩٠ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .

[٤] المادة ٢٩١ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .

خامسا : **تحديد مسئولية الناقل** :

تحدد مسئولية الناقل وفقا لما يلي : [٥]

١ - فى حالة نقل الأشخاص جواً :

لا يجوز للقاضي فى حالة الحكم على الناقل ألا يجاوز التعويض مائة وخمسون ألف جنيه بالنسبة لكل مسافر إلا إذا اتفق الراكب والناقل صراحة على تجاوز هذا المبلغ ، إذ يجب على القاضي الالتزام بهذا الاتفاق .

٢ - فى حالة نقل الأمتعة والبضائع :

لا يجوز للقاضي فى حالة الحكم على الناقل الجوي عن الأضرار التى تصيب الأمتعة أو البضائع أو التاخير فى وصولها ألا يجاوز التعويض مبلغ خمسون جنيها عن كل كيلو جرام ، ومع ذلك إذا أعلن المرسل عند تسليم الأمتعة أو البضائع إلى الناقل أنه يعلق أهمية خاصة على تسليمها فى مكان الوصول نظراً لقيمتها ودفع ما يطلبه الناقل من أجرة إضافية نظير ذلك ، التزم الناقل بأداء التعويض بمقدار القيمة التى أعلنها المرسل إلا إذا أثبت الناقل أنها تجاوز القيمة الحقيقية للشيء .

سادسا : **حالات عدم جواز تحديد مسئولية الناقل** :

لا يجوز تحديد مسئولية الناقل الجوي فى الحالات الآتية :

١ - قصد الإضرار :

لا يجوز للناقل الجوي التمسك بتحديد مسئوليته وفقا للقواعد السابقة إذا ثبت أن الضرر نجم عن فعل أو امتناع من الناقل أو من تابعيه أو

---

[٥] راجع المادة ٢٩٢ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .

وكلائه أثناء تأدية وظائفهم بقصد إحداث الضرر ، حيث يسأل الناقل عن تعويض كامل الضرر الواقع على الراكب أو الراسل أو المرسل إليه ، نظراً للقصد العمد فى إحداث الضرر[١] .

٢ - الضرر الحادث برعونة مقرونة بإدراك احتمال وقوع الضرر :

يسأل الناقل عن التعويض عن كامل الضرر إذا كان الفعل أو الامتناع عن الفعل الصادر من الناقل أو تابعيه أو وكلائه أثناء تأدية وظائفهم تم برعونة مقرونة بإدراك احتمال وقوع الضرر وهو ما يطلق عليه الخطأ والإهمال الجسيم .

٣ - إثبات المرسل قيمة البضاعة الحقيقية وأنه يعلق أهمية خاصة على تسليمها :

إذا أعلن المرسل عند تسليم الأمتعة أو البضائع إلى الناقل وأثبت ذلك فى وثيقة النقل أنه يعلق أهمية خاصة على تسليمها فى مكان الوصول نظراً لقيمتها ، مع الالتزام بدفع ما يطلبه الناقل من اجرة إضافية نظير ذلك ، التزام الناقل بأداء التعويض بمقدار القيمة التى أعلنها ودونها المرسل فى وثيقة النقل ، إلا إذا أثبت الناقل أن هذه القيمة غير حقيقية وتجاوز قيمة الشيء [١] .

سابعا :مسئولية تابعي الناقل أو أحد وكلائه وحالات تحديد المسئولية:

يسأل أحد تابعي الناقل او أحد وكلائه مسئولية شخصية عن النقل الصادر منه إذا ثبت أنه وقع أثناء تأدية وظيفته [٢]

---

[١] المادة ٢٩٢ / ٢ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .

[١] المادة ٢٩٢ / ٣ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .

[٢] المادة ٢٩٣ / ١ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .

ويجوز لتابعي الناقل أو أحد وكلائه التمسك بتحديد مسئوليته وفقا لقواعد تحديد مسئولية الناقل ، إلا إذا ثبت أن الضرر نجم عن فعل أو امتناع منه أثناء تأدية وظيفته بقصد إحداث الضرر أو برعونة منه أثناء تأدية وظيفته بقصد إحداث الضرر أو برعونة مقرونة بإدراك احتمال وقوع الضرر [٣] .

والجدير بالذكر أنه لا يجوز أن يزيد مجموع ما يحصل عليه طالب التعويض من الناقل وتابعيه ووكلائه عن حدود المسئولية السابق ذكرها لأنه لا يجوز أن يتم التعويض مرتين عن الفعل الواحد [٤]

ثامنا : **بطلان شرط إعفاء الناقل من المسئولية أو تحديدها** :

يقع باطلا كل شرط يقضى بإعفاء الناقل من المسئولية – بخلاف حالات الإعفاء من المسئولية المذكورة – أو تحديدها بأقل من الحدود السابق ذكرها ، حيث يعتبر مثل هذا الشرط مخالفاً للنظام العام .

ويعتبر فى حكم الإعفاء من المسئولية والذي يعتبر باطلا إذا تم اشتراطه كل شرط يكون من شأنه إلزام المسافر أو المرسل إليه بدفع كل أو بعض نفقات التأمين ضد مسئولية الناقل الجوي وكل شرط ينزل بموجبه المسافر أو المرسل إليه للناقل عن حقوقه فى التأمين ضد أخطار النقل وقد أشارت إلى ذلك المادة ٢٩٤ / ٢ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .

---

[٣] المادة ٢٩٣ / ٢ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .

[٤] المادة ٢٩٣ / ٣ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .

تاسعا : دعوى المسئولية :

تقادم الدعوى :

أ – دعوى هلاك الأمتعة وابلضائع أو تلفها :

تتقادم بمضى سنة كل دعوى ناشئة عن عقد النقل الجوي يكون موضوعها مطالبة الناقل بالتعويض عن هلاك الامتعة والبضائع او تلفها – وتسرى هذه المدة فى حالة الهلاك الجزئي أو التلف من تاريخ تسليم الشيء موضوع النقل إلى المرسل إليه أو إلى الجمارك أو إلى الأمين الذي يعنيه القاضي لاستيداع الشيء ، وفى حالة الهلاك الكلي من تاريخ الميعاد المعين لتسليمها إلى المرسل إليه ، وفى حالة عدم تعيين ميعاد يكون من تاريخ انقضاء الميعاد الذي يستغرقه الناقل الجوي العادي فى النقل إذا وجد فى نفس الظروف [١]

ب - دعوى التعويض عن وفاة المسافر أو إصابته بأضرار بدنية :

تتقادم بمضى سنتين كل دعوى ناشئة عن عقد النقل الجوي يكون موضوعها مطالبة الناقل بالتعويض عن وفاة المسافر أو إصابته بأضرار بدنية وتسرى هذه المدة فى حالة الوفاة من تاريخ وقوعها ، وفى حالة الإصابة البدنية من تاريخ وقوع الحادث [٢] .

ج- دعوى التعويض عن التأخير :

تتقادم بمضى سنة كل دعوى أخرى تنشأ عن عقد النقل الجوي خاصة دعوى التعويض عن التأخير ن وتسرى هذه المدة من الميعاد

---

[١] المادة ٢٩٦ / ١ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .

[٢] المادة ٢٩٦ / ٢ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .

المعين لوصول الطائرة ، وفى حالة عدم التعيين تسرى من الميعاد الذي يستغرقه الناقل الجوي العادي إذا وجد فى نفس الظروف [٣] .

والجدير بالذكر أنه لا يجوز التمسك بالتقادم فى الحالات الثلاثة السابقة فى حالات الغش أو الخطأ الجسيم :

- **الدفع بعدم سماع دعوى المسئولية إذا توافرت الشروط التالية** :

١ - **أن تكون الدعوى متعلقة بالهلاك الجزئي أو التلف** ، أما إذا كانت الدعوى عن الهلاك الكلي أو التأخير فليس للناقل التمسك بعدم سماع دعوى المسئولية لأنه فى حالة الهلاك الكلي للبضاعة لم تصل أصلا أما التأخير فهو سهل الإثبات وواقعته محددة .

٢ - **استلام الشاحن أو المرسل إليه أو الراكب الأمتعة أو البضائع فى مكان الوصول .**

٣ - **عدم وجود تحفظات** :

عدم قيام المرسل إليه أو الراكب بكتابة تحفظات عند استلامه الأمتعة او البضائع قرينة على تسلمه لها سليمة .

٤ - **دفع الأجرة** :

إذا قام الراكب أو المرسل إليه بدفع الأجرة عند الوصول أنه راضى عن استلام البضاعة بحالتها ، اما إذا كانت الأجرة مسلمة من الشاحن او فى مكان الوصول ، فلا تقوم هذه القرينة على الرضاء بحالة البضاعة ، وبالتالي ليس من حق الناقل التمسك بالدفع بعدم قبول دعوى المسئولية .

---

[٣] المادة ٢٩٦ / ٣ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .

٥- **عدم إقامة الدعوى خلال تسعين يوما من تاريخ التسليم** إذا لم يقم الراكب أو المرسل إليه برفع دعوى المسئولية خلال تسعين يوما من امتناعه عن الاستلام أو من كتابة التحفظات ، كان للناقل التمسك بدعوى عدم قبول دعوى المسئولية [١] .

والجدير بالذكر أنه لا يجوز للناقل التمسك بعدم قبول دعوى المسئولية إذا ثبت أن الهلاك الجزئي والتلف نشأ عن غش أو خطأ جسيم صدر من الناقل أو من احد تابعيه [٢] .

ويكون إثبات حالة الأمتعة أو البضائع بمعرفة احد رجال الأدارة أو خبير يعينه القاضي المختص بأمر على عريضة [٣] .

---

[١] المادة ٢٩٥ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .

[٢] المادة ٢/٢٥١ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .

[٣] المادة ٣/٢٥١ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .

الفصل الثالث

الاعتماد المستندي

تمهيد وتقسيم :

الاعتماد المستندي عملية تقوم بدور هـام فـي مجـال التجـارة الخارجية، خاصة تجارة الاستيراد والتصدير التي تنقل عن طريق البحر ، حيث أنها تؤدي إلى التوفيق بين مصالح أطراف عقود التجارة الدوليـة. فالمشتري الذي يريد شراء بضاعة من الخارج لا يقدم على هذه العمليـة إلا إذا اطمئن من خلال هذه العملية أن البضاعة قد تـم شـحنها، وأنهـا مطابقة للمواصفات قبل قيامه بدفع الثمن وكافة النفقات الأخرى من خلال البنك فاتح الاعتماد الذي يتحقق من ذلك من خلال المستندات التي يقـوم بفحصها قبل دفع مبلغ الاعتماد للبائع، فالمشتري يتـردد قبـل أن يتـسلم البضاعة ويطمئن إلى مطابقتها للمواصفات.

كما أن البائع يضمن عدم تسليم المشتري البضاعة إلا إذا تسلم هو الثمن من البنك فاتح الاعتماد. فالبائع يتردد في إرسـال البـضاعة إلـى مشتري قد لا يعرفه إلا إذا قبض الثمن وما يتبعه من مصاريف وأجـرة النقل ونفقات التأمين. كما أن عقد فتح الاعتماد المستندي يحقق فائدة للبنك فاتح الاعتماد تتمثل في نسبة العمولة التي يحصل عليها البنك مـن هـذه العملية، بالإضافة للعائد المستحق على مبلغ الاعتماد إذا لم يسدده العميـل في الميعاد المتفق عليه. فلو فرض ان تاجرا في مصر يريد شراء (بن) – مثلاً – من البرازيل، فإنه يتفق مع بنك في مصر على فتح اعتماد بمبلـغ

معين لصالح تاجر (البن) في البرازيل، ثم يرسل البنك المصري إلى التاجر البرازيلى خطاباً يخطره فيه بفتح الاعتماد وباستعداده لدفع المبلغ المخصص له نقداً أو من خلال دفع قيمة الكمبيالة التي يسحبها عليه مقابل تسليم مستندات البضاعة المتمثلة في سند شحن البضاعة وبوليصة التأمين عليها وبيان بمواصفاتها، ويطلق على هذا الخطاب اسم "خطاب الاعتماد".

وقد لا يطمئن البائع البرازيلي إلى البنك المصري فيقوم بسحب كمبيالة على البنك المصري ويقيم بنكاً آخر في البرازيل كمستفيد منها، ثم يحصل على قيمة الاعتماد من خلال البنك البرازيلي، ثم يتقدم هذا الأخير إلى البنك المصري للمطالبة بقيمة الكمبيالة، ثم يدفع البنك المصري قيمة الكمبيالة بعد التأكد من مستندات البضاعة. ثم يقدم البنك المصري المستندات للمشتري المصري بعد أن يحصل على مبلغ الاعتماد، ومن خلال هذه المستندات يتسلم المشتري المصري البضاعة من ميناء الوصول في مصر.

والبنك المصري يكتسب ضمانه بدفع مبلغ الاعتماد من خلال المستندات الممثلة للبضاعة والتي يحوزها، فإذا لم يقم المشتري المصري بسداد مبلغ الاعتماد،يتسلم البنك البضاعة ويحق له بيعها بعد الحصول على أمر من القاضي المختص واستيفاء حقه من ثمنها بالأولوية على غيره.

وقد قام المشرع التجاري بتنظيم عقد فتح الاعتماد المستندي في المواد من ٣٤١ إلى ٣٥٠ من قانون التجارة، وقد اعتمد المشرع في تقنين أحكام هذه العملية على القواعد التي أصدرتها غرفة التجارة الدولية

بباريس وفقاً للتعديل الأخير لها الذي بدأ العمل به في يناير ١٩٩٤م، ومن الجدير بالذكر أن البنوك المصرية تطبق هذه القواعد، لذلك نص المشرع في المادة ٣/٣٤١ من قانون التجارة على أنه : تسري فيما لم يـــرد فـــي شأنه نص خاص في هذا الفرع القواعد الـــواردة بـــالأعراف الموحـــدة للاعتمادات المستندية الصادرة من غرفة التجارة الدولية.

وفقاً لما تقدم سوف نقوم بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، نتناول في **المبحث الأول : تعريف الاعتماد المستندي وبيان أنواعه**، ثم نتحدث في **المبحث الثاني : عن العلاقات الناشئة عن الاعتماد المستندي.**

المبحث الأول

تعريف الاعتماد المستندي وأنواعه

أولاً: تعريف الاعتماد المستندي :

عرف المشرع التجاري عقد الاعتماد المستندي في المادة ١/٣٤١ من قانون التجارة بأنه : عقد يتعهد البنك بمقتضاه بفتح اعتماد بناء على طلب أحد عملائه (ويسمى الأمر) لصالح شخص آخر (ويسمى المستفيد) بضمان مستندات تمثل بضاعة منقولة أو معدة للنقل" .

ويمكن تعريفه وفقاً لما ذهب إليه جانب من الفقه[١] بأنه الاعتماد الذي يفتحه البنك بناء على طلب شخص يسمى الأمر، أياً كانت طريقة تنفيذه، أي سواء بقبول كمبيالة أو بالوفاء، لصالح عميل لهذا الأمر، ومضمون بحيازة المستندات الممثلة لبضاعة في الطريق أو معدة للإرسال.

كما ذهب جانب آخر[٢] إلى تعريف الاعتماد المستندي بأنه تعهد صادر من البنك بناء على طلب العميل المشتري (الأمر بفتح الاعتماد)، لصالح البائع الأجنبي (المستفيد)، يلتزم بمقتضاه البنك بدفع قيمة الاعتماد للبائع أو بقبول ودفع الكمبيالة التي يسحبها عليه الأخير بهذه القيمة وفقاً للشروط المتفق عليها.

---

(١) د / علي جمال الدين عوض – عمليات البنوك – دار النهضة العربية – ص٢٨٧

(٢) د / مراد منير فهمي – القانون التجاري – العقود التجارية وعمليات البنوك ١٩٢٠ – منشأة المعارف بالإسكندرية – ص٢٩٤

والحقيقة أن هذه التعريفات تحقق معنى واحد الهدف منه شرح عملية الاعتماد المستندي، ولكن تعريف المشرع التجاري المصري للاعتماد المستندي أبرز سمة هامة من أهم السمات التي يجب التركيز عليها وهي استقلال العلاقات القانونية الناشئة بمناسبة الاعتماد المستندي عن العلاقة الناشئة عن عقد البيع، وجاء هذا التعريف موضحاً أن البنك يبقى أجنبياً عن عقد البيع، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٤١ من قانون التجارة على أن عقد الاعتماد المستندي مستقل عن العقد الذي فتح الاعتماد بسببه، ويبقى البنك أجنبياً عن هذا العقد.

ولقد جاء نص المادة ٧٢٠ من القانون التجاري الفرنسي قريبة من حيث المضمون من نص قانون التجارة المصري حيث نصت على أن " الاعتماد المستندي، اعتماد يفتحه مصرف بطلب من الأمر لصالح عميل هذا الأخير، ومضمون بحيازة مستندات ممثلة ببضاعة تكون موضوعاً لعملية نقل أو معدة لنقلها، والاعتماد المستندي مستقل عن عقد البيع الذي يكون أساساً له، والذي تظل المصارف غريبة عنه ".

يتضح من التعريفات السابقة أن الاعتماد المستندي يتميز بالخصائص التالية :

١ - عقد الاعتماد المستندي يستجيب لدواعي الائتمان والثقة المفتقدة، في البيوع الدولية، فهو يوفر للبائع المستفيد إمكانية المطالبة بثمن البضائع من مصرف ذي ثقة. كما يوفر عنصر الأمان والاطمئنان للمشتري أيضاً. لأن البنك لن يدفع مبلغ الاعتماد، إلا بعد مراجعة المستندات

المقدمة والتأكد من مطابقتها لشروط الاعتماد، كما أن البنك يضمن استيفاء مبلغ الاعتماد من خلال حيازته للمستندات الممثلة للبضاعة.

٢- عقد الاعتماد المستندي عقد مستقبل عن عقد البيع الذي قام تنفيذاً له، كما ان البنك يعتبر أجنبياً عن عقد البيع.

٣- عقد الاعتماد المستندي عقد ملزم للجانبين، فهو يرتب التزامات متقابلة في ذمة أطرافه بمجرد انعقاده، حيث يتعهد البنك بوضع مبلغ الاعتماد تحت تصرف عميله ويؤمن له ظروف الائتمان اللازمة، مقابل أن يدفع له العمولة المتفق عليها.

٤- عقد الاعتماد المستندي من العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي، بمعنى أن البنك عندما يقرر منح تسهيلات لفتح اعتماد لصالح عميله. فهو بذلك يعتمد على مدى ثقته في هذا العميل، وليس فقط ثقته في مركزه المالي، إنما تمتد الثقة لتبلغ ثقته بأمانة العميل وحسن تصرفه التجاري وأخلاقه في التعامل.

٥- الاعتماد المستندي عقد تجاري بالنسبة للبنك دائماً لأنه يعتبر من أعمال البنوك التي تمارسها على وجه الاحتراف، أما بالنسبة للعميل فإنه يعتبر تجارياً إذا كان العميل تاجراً وارتبطت العملية بنشاطه التجاري، أو كان غير تاجر ولكن ارتبطت العملية بنظرية الأعمال التجارية وفقاً لقانون التجارة.

ثانياً: أنواع الاعتمادات المستندية :

١ - اعتماد مستندي غير قابل للإلغاء (قطعي أو بات) :

الاعتماد البات هو الاعتماد الذي لا يجوز للبنك أن يرجع فيه او يلغيه بمجرد إخطار المستفيد به، ويرتب هذا الاعتماد في ذمة البنك التزاماً شخصياً مباشراً أمام المستفيد بتنفيذ ما ورد في خطاب الاعتماد. والأصل أن الاعتماد يكون غير قابل للإلغاء إلا إذا اتفق صراحة على قابلية للإلغاء (المادة ٢/٣٤٣ تجاري). والاعتماد المستندي غير القابل للإلغاء ينشئ التزاماً مباشراً وقطعياً لصالح المستفيد، ويلتزم البنك بدفع المطالبات لصالح المستفيد دون الالتفات لاعتراضات عميله طالما تسلم البنك المستندات مطابقة لما اشترط في عقد فتح الاعتماد، وقد أكدت ذلك المادة ١/٣٤٥ من قانون التجارة بقولها : يكون التزام البنك في حالة الاعتماد المستندي البات قطعياً ومباشراً قبل المستفيد وكل حامل حسن النية للصك الذي سحب تنفيذاً للعقد الذي فتح الاعتماد بسببه.

كما لا يجوز تعديل أو إلغاء أو تأجيل الاعتماد المستندي البات غير القابل للإلغاء إلا بموافقة جميع أصحاب المصلحة الذين تعلقت بهم الحقوق الناشئة عن الاعتماد المستندي (المادة ٢/٣٤٥ تجاري).

٢ - اعتماد مستندي قابل للإلغاء (غير قطعي أو غير بات) :

يجوز الاتفاق على أن يكون الاعتماد المستندي قابل للإلغاء، حيث يجوز للبنك تعديله أو الرجوع فيه في أي وقت دون مسئولية عليه لا قبل العميل الأمر ولا قبل المستفيد، والبنك يقوم بالتعديل أو الإلغاء من تلقاء نفسه أو

بناء على طلب العميل الأمر دون حاجة إلى أخطار المستفيد ما لم يكن قد تم التنفيذ (المادة ٣٤٤ تجاري).

ويجب في هذا الاعتماد أن يخطر البنك المستفيد في خطاب الاعتماد أنه قابل للإلغاء في كل وقت، وإلا كان الاعتماد المستندي باتاً غير قابل للإلغاء. وتنص المادة ١/٣٤٣ من قانون التجارة على أنه "يجوز أن يكون الاعتماد المستندي قابلاً للإلغاء أو باتاً غير قابل للإلغاء. ويعتبر الاعتماد المستندي القابل للإلغاء قليل الفائدة من الناحية العملية لأنه لا يؤدي خدمة حقيقية سواء للعميل أو المستفيد ذلك لأنه طالما يتوقف استمرار الاعتماد على إرادة البنك فإن عنصر الائتمان لا يتوافر لدى المستفيد أو العميل(١).

٣ - الاعتماد المستندي المؤيد :

قد يكون الاعتماد البات غير القابل للإلغاء مؤيداً من بنك آخر غير البنك الذي فتح الاعتماد، ويتم ذلك عندما يشترط المستفيد (البائع) تأييد الاعتماد من بنك موجود في بلده، فيلجأ البنك فاتح الاعتماد إلى بنك يتعامل معه في مكان المستفيد ويطلب منه التعهد بالدفع وإخطار المستفيد (البائع) بذلك، فإذا تعهد هذا البنك الأخير بالدفع كان الاعتماد مؤيداً، أي مضمون من البنك الموجود في بلد المستفيد، وفي ذلك تنص المادة ١/٣٤٦ من قانون التجارة على أنه " يجوز تأييد الاعتماد المستندي البات من بنك آخر يلتزم بدوره بصورة قطعية ومباشرة قبل المستفيد".

---

(١) د/ سميحة القليوبي – المرجع السابق –ص١٩٨

ومتى تأييد الاعتماد المستندي أصبح من حق المستفيد أن يتقدم إلى البنك المؤيد لمطالبته بالوفاء مباشرة أو يسحب عليه كمبيالة بالمبلغ المطلوب.

ويجب ملاحظة أن البنك الموجود في بلد المستفيد إذا قام بإخطار المستفيد بفتح اعتماد لصالحه ولو كان الاعتماد باتاً فلا يعتبر هذا الإخطار بمثابة تأييد للاعتماد الأول، ولكن يجب أن تكون صيغة الإخطار متضمنة صراحة تأييده للاعتماد الأول، وقد أشارت إلى ذلك صراحة المادة ٢/٣٤٦ بقولها " لا يعتبر مجرد الإخطار بفتح الاعتماد المستندي البات المرسل إلى المستفيد عن طريق بنك آخر تأييداً من هذا البنك للاعتماد ".

وتأييد الاعتماد يؤدي إلى زيادة المصاريف، لأن البنك الموجود في بلد المستفيد يتقاضى عمولة بالإضافة للعمولة التي يتقاضاها البنك فاتح الاعتماد.

٤ -الاعتماد المستندي القابل للتحويل :

في هذا النوع من الاعتماد يتمكن المستفيد من تحويل هذا الاعتماد بصورة كاملة أو جزئية إلى مستفيد آخر، وذلك بموافقة العميل الأمر من خلال فتح الاعتماد، حيث يمنح المستفيد من الاعتماد رخصة تحويل الاعتماد بكامله أو جزء منه لصالح مستفيد آخر، حيث يحدد هذا المستفيد في عقد الاعتماد المستندي وقد لا يحدد ويترك أمر تحديده للمستفيد.

ويجب النص صراحة في عقد فتح الاعتماد على أنه من الاعتمادات القابلة للتحويل، وذلك بعبارة واضحة صريحة تفيد ذلك لأن هذا التحويل لا يتم إلا بموافقة البنك فاتح الاعتماد وهذه الموافقة يجب أن

تكون واضحة في عقد فتح الاعتماد. وفي هذه الحالة يلتزم البنك بـــإجراء التحويل وفقاً للشروط الواردة في عقد فتح الاعتماد وخلال المدة المتفــق عيها. ولا يجوز التحويل إلا مرة واحدة ما لم يتفق على جواز التحويــل أكثر من مرة.

وقد تضمنت هذه الأحكام المادة ٣٤٦ من قانون التجارة بقولها " لا يجوز تحويل الاعتماد المستندي ولا تجزئته إلا إذا كان البنك الذي فتحـــه مأذونا في تحويله كله أو بعضه إلى شخص أو إلى جملة أشخاص غيـــر المستفيد الأول بناء على تعليمات صادرة من هـــذا المـــستفيد، ولا يـــتم التحويل إلا إذا وافق عليه البنك ولا يجوز التحويل إلا مرة واحدة ما لـــم يتفق على غير ذلك ".

٥ - اعتماد الوفاء واعتماد الخصم واعتماد القبول:

قد يتعهد البنك أن يدفع للمستفيد مبلغ الاعتمـــاد نقـــداً متـــى قـــدم المستندات مطابقة لعقد فتح الاعتماد، وقد يتعهد البنـــك بقبـــول الكمبيالـــة المسحوبة عليه بالمبلغ المطلوب، وقد يتعهد بخصم الكمبيالة التي يـــسحبها المستفيد على العميل (المشتري) بشروط معينة وفي ذلك تـــنص المـــادة ٣٤٢ من قانون التجارة على أن " يلتزم البنك الذي فتح الاعتمـــاد بتنفيـــذ شروط الوفاء والقبول والخصم المتفق عليها في عقد فـــتح الاعتمـــاد إذا كانت المستندات مطابقة لشروط فتح الاعتماد ".

٦ - اعتماد مستندي متجدد :

هذا النوع من الاعتمادات المستندية يستخدمه المـــشتري العميـــل عندما يكون داخلا في عمليات تجارية متعددة مع بائع معـــين لاســـتيراد

بضائع محددة، فبدلاً من أن يفتح اعتمادات مستندية متعدد ومستقلة خاصة بكل عملية تجارية، فإنه يقوم بفتح اعتماد مستندي واحد ومتجدد تلقائياً، حيث يجوز للمستفيد منه استخدامه كلما قدم مستندات جديدة خاصة بعملية معينة، وذلك في حدود المبلغ المعين في عقد فتح الاعتماد خلال المدة المتفق عليها.

ويتم اللجوء إلى هذا النوع من الاعتمادات في عقود التوريد المستمرة للبضائع، حيث يجب أن يتضمن الاعتماد الشروط التي تحدد عدد الدورات والقيمة الإجمالية للاعتماد والمدة التي يتم خلالها.

ولا يعتبر الاعتماد المتجدد اعتماداً مستندياً مجزءاً، ذلك أنه في هذا الأخير هو اعتماد واحد لصفقة واحدة، ولكن تصل هذه الصفقة على دفعات، ويلتزم البنك بالوفاء بقيمة كل دفعة من الدفعات التي تمثل صفقة واحدة مرتبطة ارتباطاً كلياً كموضوع للاعتماد المستندي.

المبحث الثاني

العلاقات الناشئة عن الاعتماد المستندي

أولاً: العلاقة بين العميل (المشتري) والمستفيد (البائع):

يحكم هذه العلاقة عقد البيع بين المشتري (العميل) والبائع (المستفيد)، حيث ينشأ الالتزام بفتح الاعتماد المستندي لأول مرة على المشتري عندما يتفق مع البائع على ذلك في عقد البيع.

ويتفق البائع والمشتري على تسوية الثمن بطريق الاعتماد المستندي، وبذلك يتعهد المشتري للبائع بفتح الاعتماد بالشروط المتفق عليها في عقد البيع.

والجدير بالذكر في هذا الشأن أن عملية فتح الاعتماد ليس لها علاقة بعقد البيع حيث يظل البنك فاتح الاعتماد أجنبياً عن عقد البيع. وفي ذلك تنص المادة ٢/٣٤١ من قانون التجارة أن " عقد الاعتماد المستندي مستقل عن العقد الذي فتح الاعتماد بسببه، ويبقى البنك أجنبياً عن هذا العقد " .

ويترتب على استقلال عقد البيع عن عقد الاعتماد أنه متى قرر خطاب الاعتماد الذي يلتزم به البنك أمام المستفيد (البائع) مدة ليقدم فيها المستندات الدالة على شحن البضاعة فليس معنى ذلك أن تكون هي بالضرورة المدة المقررة لشحن البضاعة بالفعل لأن عقد الاعتماد لا يحكم عقد البيع.

ثانياً: العلاقة بين البنك فاتح الاعتماد والعميل الأمر :

يحكم العلاقة بين البنك فاتح الاعتماد والعميل الأمـــر عقـــد فـــتح الاعتماد المبرم بينهما، وهذا العقد يحدد شروط الاعتماد من حيث القيمـــة والمدة ونوع الاعتماد وطريقة تنفيذه، كما يتضمن وصفاً دقيقاً للمـــستندات المطلوبة لتنفيذ الاعتماد.

وكما سبق أن ذكرنا يلتزم البنك بتنفيذ الشروط الواردة في عقد فتح الاعتماد دون التقيد بشروط عقد البيع لأنه أجنبياً عنه. ويرتب عقد فـــتح الاعتماد التزامات متبادلة بين البنك فاتح الاعتماد والعميل الأمر:

١ - التزامات البنك فاتح الاعتماد :

أ- فتح الاعتماد المستندي وأخطار المستفيد بة :

يلتزم البنك بفتح الاعتماد وفقاً للشروط المتفق عليها بينه وبـــين العميـــل الأمر، والبنك هنا ملتزم بفتح اعتماد مطابقاً لما اتفق عليه مع عميلـــه دون التقيد بعقد البيع الذي يسببه فتح الاعتماد. كما يلتزم البنك تنفيذاً لعقد فـــتح الاعتماد بأخطار المستفيد بشروط الاعتماد ووضع المبلغ تحـــت تـــصرفه بالطريقة التي تم الاتفاق عليها. ويتم هذا الإخطار بخطاب يسمى "خطـــاب الاعتماد".

والعبرة في تنفيذ الالتزام بالأخطار بوصول خطاب الاعتماد فعـــلاً إلى المستفيد لا بالإجراءات التي يتخذها البنك لإصداره، ويجري العمـــل على إبلاغ خطاب الاعتماد بالفاكس أو التلكس أو بخطاب أو غير ذلك من الوسائل الحديثة، وعلى العميل الأمر تحديد طريقة الأخطار في عقد فـــتح الاعتماد.

ب - **فحص المستندات :**

يلتزم البنك بعد أخطار المستفيد بخطاب الاعتماد بتلقي المستندات التي يقدمها المستفيد وفحصها والتحقق من مطابقتها للمستندات المطلوبة ويعتبر هذا أهم التزام على البنك في عقد فتح الاعتماد، وبناء عليه تتحدد مسئوليته.

ويجب على البنك عندما يتلقى المستندات لفحصها أن يتحقق من تقديمها خلال المدة المحددة للاعتماد وإلا كان البنك مسئولاً عن قبول المستندات بعد انتهاء مدة الاعتماد ما لم يكن العميل قد وافق على ذلك، كما يجب أن يتحقق البنك من أن المستندات المقدمة مطابقة للمستندات المطلوبة في عقد فتح الاعتماد من حيث العدد والبيانات ولا يكون للبنك في هذا الصدد أية سلطة تقديره، فلا يجوز له مثلاً أن يقبل مستنداً بدلاً من آخر ولو كان يقوم مكانه ولا أن يكمل نقص أحد المستندات بما ورد في مستند آخر كما يتحقق البنك أيضاً من تطابق المستندات المقدمة فيما بينهما. فلا يقبل المستندات إذا كانت متناقضة فيما بينها، أو كانت غير مطابقة تماماً للبيانات الواردة بخطاب الاعتماد، أو كانت مطابقة ولكنها تتضمن تحفظات من البائع أو الشاحن أو شركة التأمين.

وفي ذلك تنص المادة ٣٤٧ من قانون التجارة أنه " على البنك أن يتحقق من مطابقة المستندات لتعليمات الأمر بفتح الاعتماد ".

ويجب على البنك إذا كانت المستندات غير كاملة أو مخالفة لعقد فتح الاعتماد أو غير كاملة البيانات أو كانت متناقضة أن يرفض هذه المستندات ويرفض التنفيذ ويخطر الأمر فوراً بالرفض وسببه، وفي ذلك

تنص المادة ٢/٣٤٧ من قانون التجارة أنه " وإذا رفض البنك المستندات وجب أن يخطر المر فوراً بالرفض مبيناً أسبابه " .

ولكن يجب ملاحظة أن البنك غير مسئول إذا كان المستندات في ظاهرها مطابقة للتعليمات التي تلقاها من الأمر وفقاً لشروط عقد الاعتماد، وفي هذه الحالة لا يتحمل البنك أي التزام يتعلق بالبضاعة التي فتح الاعتماد بسببها كما لو كانت غير مطابقة للمواصفات أو غير ذلك (المادة ٣٤٨ تجاري).

والمستندات التي يتلقاها البنك ويفحصها متعددة، وتحددها عادة تعليمات العميل ووفقاً لشروط عقد فتح الاعتماد، فإذا لم تحدد هذه المستندات فإنها تقتصر على مستندات ثلاثة هي : سند الشحن البحري أو تذكرة النقل البري أو الجوي أو النهري، وبوليصة التأمين على البضاعة والفاتورة الموضحة لبيانات وأوصاف البضاعة وثمنها بالتفصيل.

ج- تسليم المستندات للعميل الأمر :

على البنك القيام بتسليم المستندات إلى العميل الأمر بعد أخذ مبلغ الاعتماد والعمولة وغيرها من المصروفات المتعلقة بعقد فتح الاعتماد. وعلى البنك تنفيذ التزامه بتسليم المستندات إلى العميل في أقرب وقت ممكن حتى لا يسبب ضرراً للعميل من جراء التأخير في ذلك.

٢ - التزامات العميل الأمر :

أ- **العمولة :**

يلتزم العميل الأمر بدفع العمولة المتفق عليها للبنك فاتح الاعتماد، وإذا كان متفقاً على أن يعين البنك الفاتح بنكاً آخر يؤيد الاعتماد استحقت

عمولة أخرى لهذا البنك الخير. ويستحق العمولة بمجرد فتح الاعتماد وقبل إصدار خطاب الاعتماد إلى المستفيد, والأصل أن يستحق العمولة بصفة نهائية – أي لا يجوز استردادها – ولو لم ينفذ عقد فتح الاعتماد بدون خطأ من البنك.

ب- المصروفات :

يلتزم العميل الأمر فضلاً عن العمولة بالمصروفات التي ينفقها البنك في تنفيذ الاعتماد، كالضرائب والرسوم ومصاريف المراسلات وخطاب الاعتماد والبرقيات وغيرهما. وقد تسدد هذه المصروفات مع مبلغ الاعتماد عند رده أو يتقاضاها البنك مقدماً من العمولة المستحقة عند فتح الاعتماد.

ج- رد مبلغ الاعتماد :

يلتزم العميل الأمر برد المبلغ الذي فتح به الاعتماد، طالما أوفى البنك بالتزامه والعميل يلتزم بهذا السداد في الميعاد المحدد في عقد فتح الاعتماد بالشروط المتفق عليها وإلا التزم بدفع عائد على هذا المقابل وفقاً للسعر الذي يتعامل به البنك المركزي ما لم يتفق على مقابل أقل.

كما أن المشرع أعطى للبنك فاتح الاعتماد إذا لم يقم العميل بدفع قيمة المستندات المطابقة لشروط فتح الاعتماد الحق في التنفيذ على البضاعة باتباع إجراءات التنفيذ على الأشياء المرهونة رهناً تجارياً خلال ستة أشهر من تاريخ تبليغه للعميل بوصول المستندات، وفي ذلك تنص المادة ٣٥٠ من قانون التجارة على أنه " إذا لم يدفع الأمر إلى البنك قيمة المستندات المطابقة لشروط فتح الاعتماد خلال ستة أشهر من تاريخ تبليغه

بوصول تلك المستندات، جاز للبنك التنفيذ على البضاعة باتباع إجراءات التنفيذ على الأشياء المرهونة رهناً تجاريا ".

ثالثاً: العلاقة بين البنك فاتح الاعتماد والمستفيد :

ينشأ التزام البنك فاتح الاعتماد قبل المستفيد بمجرد إخطاره بخطاب الاعتماد، وهذا الالتزام لا يصبح نهائياً إلا بوصول الخطاب فعــلاً إلـــى المستفيد، ومتى وصل الخطاب إلى المستفيد فالمفروض أنه علم بمضمونه ورضى به.

والتزام البنك امام المستفيد مستقل تماماً عن عقد فتح الاعتمـــاد أي عن علاقة البنك بعميله المشتري. لذلك ينبغي لتعيين نطاق التزام البنـــك قبل المستفيد الرجوع إلى خطاب الاعتماد لبيان الشروط التـــي يتـــضمنها وكيفية تنفيذ الاعتماد في مواجهة المستفيد.

يتضح من ذلك أن خطاب الاعتماد هو وحده مصدر حق المـــستفيد وهو المرجع في تحديد طبيعته ومداه. كما أن التزام البنك قبـــل المـــستفيد مستقل من ناحية أخرى عن عقد البيع ، لذلك ليس للبنك أن يمتنـــع عـــن تنفيذ عقد فتح الاعتماد في مواجهة المستفيد إلا لسبب واحد يـــدور حـــول المستندات المطلوبة من المستفيد ومطابقتها لعقد فتح الاعتماد والموضحة في خطاب الاعتماد، فطالما أن الاعتماد بات وتم إخطار المستفيد بذلك في خطاب الاعتماد فليس للبنك أن يمتنع عن تنفيذ الاعتماد بحجة أن عميلـــه الأمر (المشتري) أصدر إليه تعليمات بالامتناع عن التنفيـــذ. وبالمثـــل لا يجوز للبنك أن يمتنع عن التنفيذ استناداً إلى أن المستفيد (البائع) لـــم يقـــم بتنفيذ الالتزامات التي يرتبها عليه عقد البيع، إذ لا شأن للبنك بهذا العقـــد

حيث تعتبر أجنبياً عنه (المادة ٢/٣٤١ تجاري)، وإنمـــا العبـــرة بتنفيـــذ المستفيد لالتزاماته وفقاً للشروط الواردة بخطاب الاعتماد.

ويترتب على ذلك انه إذا قام البنك بتنفيذ الاعتماد المـــستندي فـــي مواجهة المستفيد بأن دفع له المبلغ المخصص أو خصم أو قبل الكمبيالـــة المسحوبة عليه بعد أن تحقق من المستندات فإنه ليس له بعد ذلك مطالبـــة المستفيد برد ما قبضه بحجة أن عقد البيـــع تـــم فـــسخه أو أبطـــل أو أن المستندات تبين عدم مطابقتها.

الفصل الرابع

خطاب الضمـان

مقدمة

تمارس البنوك التجارية وظائف تقليدية هدفها تحقيق الربح باعتبارها مؤسسات مالية ذات ملكية خاصة، هذه الوظائف تعتمد البنوك فيها على مزاولة عمليات الائتمان قصيرة الأجل كتلقى الودائع من الأفراد والمشروعات، وتقديم القروض القصيرة الأجل أيضاً للمشروعات التجارية والصناعية لسد حاجتها من رؤوس الأموال، وإصدار الشيكات وخصم الكمبيالات والسندات الإذنية والشيكات نيابة عن عملائها، وإصدار البطاقات الإئتمانية، وفتح الاعتمادات البسيطة والمستندية، وإجراء التحويل المصرفي وتأجير الخزائن الحديدية وإصدار خطابات الضمان وغير ذلك من الوظائف التقليدية.

ولم يتكلم قانون التجارة المصرى الملغي الصادر عام ١٨٨٣ عن عمليات البنوك عموماً، بل اكتفي بالإشارة إليها في المادة الثانية التي تحدد الأعمال التجارية فذكر منها" أعمال الصرافة" ،"وجميع معاملات البنوك العمومية" وعذر المشرع في ذلك أنه لم يكن للبنوك عند وضع المجموعة التجارية الملغاة مالها من شأن في الوقت الحاضر، إذ كانت وظيفتها تقتصر على عمليات الصرف وتجارة النقود، ولم يدر بخلد الشارع أنها ستكون في يوم ما عماد الاقتصاد القومي في البلاد.

وقبل صدور قانون التجارة المصرى الحالى رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩،

صدرت بعض التشريعات الخاصة بتنظيم البنوك وعلاقتها بالبنك المركزي، دون أن تتناول تنظيم العمليات المصرفية ذاتها منها القانون ١٢٠ لسنة ١٩٧٥ في شأن البنك المركزي والجهاز المصرفي، وتضمن إيضاح أعمال البنوك التجارية، حيث نصت المادة الخامسة عشر منه على أنه" يقصد بالبنوك التجارية تلك التي تقوم بصفة معتادة بقبول ودائع عند الطلب أو لأجال محددة وتزاول عمليات التمويل الداخلي والخارجي وخدمته بما يحقق أهداف خطة التنمية وسياسة الدولة ودعم الاقتصاد القومي. وهي التي تباشر عمليات تنمية الادخار والاستثمار المالى في الداخل والخارج بما في ذلك المساهمة في إنشاء المشروعات، وما يتطلبه من عمليات مصرفية وتجارية ومالية وفقاً للأوضاع التي يقررها البنك المركزي".

كما عرفت المادة ١٧ من ذات القانون بنوك الاستثمار والأعمال بأنها" التي تباشر عمليات تتصل بتجميع وتنمية المدخرات لخدمة الاستثمار وفقاً لخطط التنمية الاقتصادية وسياسات دعم الاقتصاد القومي، ويجوز لها أن تنشئ في هذا المجال شركات الاستثمار أو شركات أخري تزاول اوجه النشاط الاقتصادي المختلفة كما يكون لها أن تقوم بعمليات تجارة مصر الخارجية.

وفيما يتعلق بالبنوك المتخصصة غير التجارية فقد عرفتها المادة ٤٣ من القانون رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٧ في شان البنوك والائتمان بأنها" البنوك التي يكون عملها الرئيسي التمويل العقاري أو الزراعي أو الصناعي والتي لا يكون قبول الودائع تحت الطلب من اوجه نشاطها

الأساسية" ومن الأمثلة علي البنوك غير المتخصصة بنك التنمية الصناعية، وبنك التنمية الزراعية، وبنك تنمية الصادرات.

أما القانون المدني رقم ١٣١الصادر عام ١٩٤٨ فلم يتكلم في عمليات البنوك إلا عن الحساب الجاري في المادة ٢٣٣ دون تنظيمه.

وقد اكمل القضاء المصري والفقه في ظل المجموعة التجارية الملغاة هذا النقص بوضع أحكام للودائع المصرفية والحساب الجاري والاعتمادات، والخصم والكفالة، وتأجير الخزائن الحديدية، وغيرها. وقد استخلص هذه الأحكام مما درج عليه العرف المصرفي.

وجاء قانون التجارة المصرى رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ونظم عمليات البنوك، حيث كانت هناك فرصة لواضعي هذا القانون لتنظيم هذه العمليات. وقد احتلت عمليات البنوك الباب الثالث منه، في المواد من ٣٠٠ إلى ٣٧٧، فبدأ بوديعة النقود (المادة ٣٠١ إلى المادة ٣١٥) وتأجير الخزائن (المادة ٣١٦ إلى ٣٢٣) ورهن الأوراق المالية (المادة ٣٢٤ إلى المادة ٣٢٨) والنقل المصرفي (المادة ٣٢٩ إلى ٣٣٧) والاعتماد العادي (المادة ٣٣٨ إلى ٣٤٠) وخص الاعتماد المستندى بالمواد من (٣٤١ إلى ٣٥٤) وخص خطابات الضمان من المواد (٣٥٥إلى ٣٦٠) ثم أفرد للحساب الجاري المواد من (٣٦١ إلى ٣٧٧).

وقد أخذ المشرع المصرى فى هذه المواد بالراجح في القضاء والفقه المصري والفرنسي، وما تأخذ به غرفة التجارة الدولية بباريس في قواعدها، وهو ما يتفق مع المستقر في معظم الآراء المتبعة في دول العالم، لما لهذه العمليات من عالمية التحول، نتيجة تشابك المشكلات،

خاصة الاعتمادات المستندية وخطابات الضمان. فالتجارة تجارتان، داخلية وخارجية، تجري الأولي داخل حدود إقليم دولة معينة، وتجاوز التجارة الخارجية هذه الحدود حيث تقع بين دولتين أو أكثر، وإذا كانت القوانين الداخلية تسري على التجارة الداخلية مراعاة للسيادة الدولية ومراعاة لحاجتها التجارية وظروفها الاقتصادية، فمن غير المقبول أن تطبق هذه القوانين ذاتها على التجارة الخارجية التي تجري في مجال دولي فتواجه ظروفاً مختلفة. كما أن ترك التجارة الخارجية لسلطان القوانين الوطنية وسيادتها من شانه إشاعة القلق في التعامل الدولي وعدم الاستقرار والتخوف، وهو أحوج إلى الاستقرار والثقة [1]، خاصة لدول العالم النامي التي ترغب في إقامة علاقات دولية تدعيماً لاقتصادها.

فعدم الثقة وعدم الاستقرار والتخوف والقلق ليس في صالح التجارة الدولية، لذلك دارت الجهود لتوحيد قواعد القانون الدولي الخاص، بحيث يسند الفصل في النزاع إلي قانون واحد تعينه القاعدة الموحدة . لذلك ظهرت المنظمات والهيئات التي تهدف إلى توحيد قانون التجارة الدولية، وتهدف هذه المنظمات إما إلى توحيد قاعدة الإسناد في مجال القانون الدولي الخاص عند تنازع القوانين التي تحكم علاقة معينة، أو قد تهدف جهود هذه المنظمات إلى توحيد القواعد الموضوعية التي تحكم العلاقات القانونية لتحل محل القواعد الوطنية وتقضي بالتالي على التنازع بينهما

---

(1) د. محسن شفيق- اتفاقيات لاهاى لعام ١٩٦٤ بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية- بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد والعدد سبتمبر سنة ١٩٧٤- العدد الثالث- السنة الثالثة والأربعون- ص ٧.

[1]. من هذه المنظمات غرفة التجارة الدولية بباريس، ولجنة التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة.

فقد وضعت غرفة التجارة الدولية مجموعة من القواعد الموحدة تحكم الاعتمادات المستندية نظراً لانتشارها في مجال التجارة الدولية، وقد بدأت محاولات الغرفة في هذا الشأن عام ١٩٣٣، وقد عدلت هذه القواعد التي تحكم الاعتمادات المستندية عدة مرات في أعوام ١٩٥١و١٩٦٢و١٩٧٤و١٩٨٣ وأخيراً في عام ١٩٩٣.

وتعرف القواعد الموحدة للاعتمادات المستندية في صورتها الأخيرة باسم" القواعد والعادات الموحدة ٥٠٠٥٠٠ *UcP*" وهو رقم النشرة المتضمنة لهذه القواعد والصادرة عن غرفة التجارة الدولية، وبدأ العمل بها في أول يناير ١٩٩٤. ويعتبر النص الإنجليزي لهذه القواعد هو النص الملزم. وتلقي هذه القواعد قبولاً واسعاً [2].

ولما كان خطابات الضمان من العمليات التي تنتشر في التجارة الدولية أيضاً، فقد وضعت غرفة التجارة الدولية له قواعد موحدة تحمل رقم ٥٢٤ لعام ١٩٨٦ تحت مسمي القواعد الموحدة لخطابات الضمان وال ***Bonds*** [3] ، ثم أصدرت غرفة التجارة الدولية بباريس القواعد الموحدة

([2]) د.محمود سمير الشرقاوي - منظمات التجارة الدولية والتمويل الدولي- دار النهضة العربية- ١٩٩٧ص ٨.

([2])د. محمود سمير الشرقاوي- المرجع السابق- ص ٣٧.

([3])د. على جمال الدين عوض –عمليات البنوك من الوجهة القانونية- ١٩٨٩- ص ٦٢٦.

لضمانات العقود بالكتيب رقم ٣٢٥ [١]، ثم أصدرت غرفة التجارة الدولية بباريس بعد ذلك القواعد الموحدة لخطابات الضمان التي تدفع عند الطلب*Les Regles Uniformes de garanties sur demande*الكتيب رقم ٤٥٨ لسنة ١٩٩٢، وهناك قواعد قريبة الشبة وهي قواعد الأونسترال الخاصة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة وضعتها لجنة التجارة الدولية للأمم المتحدة عام ١٩٩٥ [٢].

وفى المملكة العربية السعوديةلم يضع نظام المحكمة التجارية الصادر بالمرسوم الملكى رقم٣٢ وتاريخ ١٥ محرم ١٣٥٠ه الذى يعتبر بمثابة تقنين التجارة السعودى ،تنظيم عمليات البنوك ومنها خطاب الضمان ، نظرا لانه وقت وضع نظام المحكمة التجارية لم يكن للبنوك الاهمية التى تحتلها الان ، كما انه كان يتبع التقنين الفرنسى فى ذلك الوقت الذى لم يكن هو ايضا ينظم عمليات البنوك.

وقد صدر فى المملكة العربية السعودية نظام مراقبة البنوك بالمرسوم الملكى م/٥وتاريخ ١٣٨٦/٢/٢٢ ه، ويلاحظ على هذا النظام انه وان كان لم يضع تنظيما لعمليات البنوك وبالتالى لم يضع تنظيما لخطاب الضمان الا انه حرص فى المادة الاولى منه على بيان المقطود باصطلاح عمليات

---

(١)د. محي الدين إسماعيل علم الدين- موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية- الجزء الثاني- ١٩٩٣- ص٩٧٣.

(٢)د. على جمال الدين عوض- خطابات الضمان المصرفية في القضاء المصري وقانون التجارة الجديد والقواعد الدولية- دار النهضة العربية- ٢٠٠٠- ص٤٤١، ص٥٠٣.

أيضاً د. سميحة القليوبي – المنظمات الدولية- الطبعة الأولي- دار النهضة العربية- ٢٠٠٢- ص١٤

البنوك او العمليات المصرفية بانها "اعمال تسلم النقود كودائع جلرية او ثابتة ، وفتح الحسابات الجارية ، وفتح الاعتمادات ، واصدار خطابات الضمان ، ودفع وتحصيل الشيكات او الاوامر او اذون الصرف وغيرها من الاوراق ذات القيمة ، وخصم السندات والكمبيالات وغيرها من الاوراق التجارية ، واعمال الصرف الاجنبى، وغيرها من اعمال البنوك " يتضح من ذلك ان نظام مراقبة البنوك وان ذكر المقصود بعمليات البنوك الا ان ذلك كان على سبيل التعداد ولم يضع تنظيما للاحكام المتعلقة بهذه العمليات.

وازاء عدم وجود تنظيم يوضح الاحكام المتعلقة بعمليات البنوك فى المملكة ومنها خطاب الضمان فان هذه العمليات تظل محكومة بقواعد العرف المصرفى والعادات التجارية التى درجت البنوك عليها فى تعاملها فيما بينها ، او بينها وبين عملائها ، والواقع انه لا تكاد تختلف القواعد التى تحكم عمليات البنوك فى المملكة ومنها قواعد خطاب الضمان عنها فى الدول الاخرى التى تضع تنظيما لهذه العمليات لانها تستمد فى الغالب من القواعد والعادات التى التى استخلصها الفقه والقضاء المقارن وقواعد التجارة الدولية الموحدة _السابق ذكرها_ وكذلك القواعد التى وضعتها غرفة التجارة الدولية .

وقد اهتمت تشريعات الدول العربية ومنها مصر بتنظيم احكام خطاب الضمان ضمن عمليات البنوك ، وتكاد تشريعاتها ان تكون موحدة فى هذا المجال ، ولعل السبب فى ذلك يرجع الى ان موضوع خطاب الضمان يتم غالبا فى ظروف متشابهة وعلى صعيد دولى ، كما ان مصادر هذا

الموضوع _ كما سبق ان ذكرنا _ تكاد تكون واحدة وهى فواعد التجارة الدولية الموحدة ٠

ونظراً لأهمية موضوع خطاب الضمان في الحياة القانونية والعملية، وكثرة الإشكالات التي يثيرها في العمل، ونظراً لأن استعمال خطاب الضمان بصوره المختلفة اصبح شائعاً في أنحاء العالم وبخاصة في التجارة الدولية بين الشركات والبنوك، وصدر قانون التجارة المصرى رقم ١٧ لسنة١٩٩٩ ما يحمله من أحكام متميزة لخطاب الضمان استقاها من قواعد العرف الساري في العمل والقواعد الدولية المطبقة في هذا المجال، وأحال القانون إلى هذه القواعد عندما لا يتضمن نصاً بشأن مسألة معينة في هذا الشأن.

لذلك فضلنا بحث موضوع خطاب الضمان من ناحية استقلال ونهائية الخطاب، لما لهذا البحث من أهمية قانونية وعملية لمصر ولسائر الدول العربية ، خاصةً بعد صدور قانون التجارة المصرى الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، لنقف على مدي إمكانية تطبيق القواعد والعادات الدولية المتعلقة بخطاب الضمان وفقاً لنص المادة ٢/٣٥٥ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ والتي نصت على انه" تسري فيما لم يرد بشأنه نص أو عرف في هذا الفرع القواعد والعادات السائدة في المعاملات الدولية بشأن خطاب الضمان".

ولمعالجة هذا الموضوع قمنا بتقسيمه إلى فصلين. نخصص الفصل الأول لبيان ماهية خطاب الضمان من ناحية تعريفه وأهميته القانونية والعملية ثم توضيح في هذا الفصل غطاء خطاب الضمان. ثم

نتحدث في الفصل الثاني عن التزام البنك المستقل والنهائى في خطاب الضمان حيث يقسم هذا الفصل إلي مبحثين نخصص المبحث الأول لبيان استقلال التزام البنك وفقاً لقانون التجارة والقواعد الموحدة والقضاء ثم نبين النتائج المترتبة علي استقلال التزام البنك ثم نوضح أثر الغش علي استقلال التزام البنك ونخصص المبحث الثاني لبيان التزام البنك الباات والنهائي فى خطاب الضمان.

وعلى ذلك يكون بحث الموضوع على النحو التالى:-

المبحث الأول: ماهية خطاب الضمان.

المبحث الثاني: التزام البنك المستقل والنهائي في خطاب الضمان.

المبحث الأول

ماهية خطاب الضمان

تمهيد وتقسيم: -

خطابات الضمان هي في حقيقتها وكما جرى عليه العرف التجاري أوراق مصرفية لها طابع خاص، تصرف قيمتها لمن حررت لصالحه عند أول طلب دون منازعة من محررها أو من المضمون، وهي بمثابة نقود تحت يد المستفيد ليحصل منها على ما قد يستحق له قبل المضمون في العقد Le Contrat de base المتفرع عنه هذا الضمان وهي بهذه الصفة تسهل التعاقد مع الأشخاص غير المليئين الذين يخشى إخلالهم بالتزاماتهم وعدم وجود مال لديهم للرجوع عليهم بما يستحق في ذمتهم فتكون قيمة خطاب الضمان التي يحددها المستفيد منها هي المشجع له على التعاقد حتى يجد مالاً محققاً خالياً من النزاع يحصل عليه بمجرد الطلب للوفاء بمطلوبة قبل المضمون. ولا شك أنه إذا أبيحت المنازعة في صرف قيمة خطاب الضمان عند الطلب لفقد هذا الخطاب أهميته العملية ولشل حركة المعاملات التجارية.

وخطابات الضمان تحمل مسميات عديدة منها الضمان المستقل، أو خطابات الاعتماد الضامنة، أو الضمان عند أول طلب، أو الضمان عند الطلب، أو خطاب التعهد كما تسميه بعض البنوك، وقد تسمى ضمانات العقود و(ضمانات الدفعات المقدمة)،وقد تسمى الضمانات النهائية، أو ضمانات العطاءات ، وغير ذلك من المسميات.

لذلك يجب بداية تعريف خطاب الضمان وبيان أهميته وغطاءه.

وسوف نقسم هذا النبحث إلى المطالب التالية: -

المطلب الأول: تعريف خطاب الضمان.

المطلب الثاني: أهمية خطاب الضمان.

المطلب الثالث: غطاء خطاب الضمان.

المطلب الأول

تعريف خطاب الضمان

أولاً :- تعريف خطاب الضمان وفقاً لقانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩:-

عرف قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ خطاب الضمان في المادة ١/٣٥٥ بأنه "تعهد مكتوب يصدر من البنك بناء على طلب شخص (يسمى الآمر)، بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر (يسمى المستفيد)،إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ودون اعتداد بأية معارضة".

وهذا التعريف الذي وضعه المشرع في قانون التجارة لنا عدة ملاحظات عليه هي:-

١- أن هذا التعريف وضع ليشمل كافة أنواع ومسميات خطابات الضمان مثل خطابات الضمان الجمركية، خطابات الضمان الملاحية، وخطابات ضمان المناقصات والمزايدات، وخطاب الضمان النهائي، وخطاب ضمان الدفعات المقدمة، وخطابات الضمات التي تطلبها مصلحة الجمارك من المخلص الجمركي أو أصحاب المستودعات، وخطابات الضمان التي تطلبها مصلحة الموانى والمنائر من شركات الملاحة، وخطابات الضمان التي تطلب من الشركات العاملة في مجال الأوراق المالية مثل السمسرة وغيرها.

فالبنك قد يصدر الخطاب بقصد ضمان حسن التنفيذ والذي يطلق عليه خطاب الضمان النهائي [١]، أو لضمان استرداد المقدمات الموافق عليها من الجهة المستفيدة وقد يكون خطاب الضمان ابتدائياً أو مؤقتاً عندما يتعلق بالعطاءات التي تقدم للمصالح الحكومية والهيئات العامة، كما قد يكون الخطاب بقصد ضمان مقاولي الباطن ضد عدم ملاءتهم في مواجهة المقاول الأصلي [٢]، وهناك عدة أغراض كثيرة يستخدم فيها خطاب الضمان.

٢- أن هذا التعريف يجعل التزام البنك مستقلاً وباتاً ونهائياً في مواجهة المستفيد، لأن البنك يلتزم بالدفع إذا طلب المستفيد منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ودون اعتداد بأية معارضة، فلا يجوز للبنك الضامن أن يمتنع عن الوفاء استناداً إلى سبب مستمد من عقده الأساسي، علاقته بالآمر، لاستغلال العلاقات عن بعضها، ولا استناداً إلى أوامر من العميل، أو لوجود دفع أو سبب مستمد من العقد الأصلى بين العميل والمستفيد (٣)، فهذا الاستقلال والنهائية هي روح خطاب الضمان ولبه.

---

(١) د. محمود سمير الشرقاوي- القانون التجاري- الجزء الثاني- دار النهضة العربية- ١٩٨١- ص٥٦٧.

(٢) د. سميحة القليوبي –شرح قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩- العقود التجارية وعمليات البنوك- الطبعة الثالثة دار النهضة العربية عام ٢٠٠٠ ص ٧٢٧.

(٣) نقض فرنسي تجاري ٢ فبراير ١٩٨٨- دالوز سيرى ١٩٨٨ الملخص رقم ٢٣٩ مع تعليق فاسبر وبنك ١٩٨٨-١٣٣ مع تعليق Cantamine- Ragnaud.

٣- يتضح من هذا التعريف أن خطاب الضمان في جوهرة تعهداً مكتوباً، لذلك فإن المرجع لهذه الكتابة أن يلزم فيها توافر شرط الكفاية الذاتية، حيث يجب أن تكون عبارات الخطاب ومصطلحاته دقيقة ومنضبطة وكافية بذاتها لبيان مضمون ومدي التزامات الأطراف فيها.

٤- برغم أن المشرع يقول أن خطاب الضمان يصدر من البنك، إلا أنه لا مانع من صدوره من غير البنك، أي من فرد أو شخص اعتباري، كشركة أم أو شركة قابضة تصدره لضمان شركة وليدة، وذلك تماشياً مع القواعد الدولية في الضمانات الصادرة من غرفة التجارة الدولية بباريس ولجنة التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة والتي تجمع على أن من يصدر الضمان يمكن أن يكون غير بنك سواء كان شركة تأمين أو مؤسسة مالية أخري أو أية شركة أو هيئة أو شخص طبيعي. ويبدو أن المشرع المصري قنن الغالب في التجارة الدولية، حيث يغلب أن يصدر هذا الضمان من بنك باعتباره صورة من صور الاعتماد.

٥- لم يكتف المشرع بتعريف خطاب الضمان وبيان بعض أحكامه وإنما نص في الفقرة الثانية من المادة ٣٥٥ على أن" تسري فيما لم يرد بشأنه نص أو عرف في هذا الفرع القواعد والعادات السائدة في المعاملات الدولية بشأن خطاب الضمان".

ونظراً لكثرة القواعد الموحدة المتعلقة بخطاب الضمان الصادرة من غرفة التجارة الدولية بباريس ولجنة التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة- كما سبق أن ذكرنا- كان يجب على المشرع الاكتفاء بأحد هذه

القواعد ولتكن القواعد الموحدة التي أصدرتها غرفة التجارة الدولية بباريس لخطابات الضمان التي تدفع عند الطلب والصادرة بالكتيب رقم ٤٥٨لسنة ١٩٩٢، أو القواعد التي أصدرتها لجنة التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة والمسماة باتفاقية أونسترال الخاصة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة الصادرة عام ١٩٩٥، أو تطبيق الأثنين معا نظراً لحداثة إصدارهما.

ولكن يبدو أن المشرع ترك ذلك لحرية الأفراد في اختيار القواعد التي تتناسب مع طبيعة خطاب الضمان الذي يرغبون في إصداره. ويجب مراعاة أن هذه القواعد و العادات المتعارف عليها في المعاملات الدولية لا تستمد صفة الالتزام بها إلا إذا التجاء إليها الأطراف، حيث أنها تتضمن قواعد مكملة ومفسرة لإرادة المتعاقدين [١]. وذلك على خلاف ما قد يوحي به نص المادة ٣٥٥في فقرتها الثانية.

فمثلاً القواعد الموحدة للضمانات عند الطلب الصادرة من غرفة التجارة الدولية بباريس رقم ٤٨٨عند التطبيق العملي لا يكون الخضوع لها نهائياً وقطعياً وإنما اختيارياً للأفراد حيث لا يكون لها إلا الصفة المكملة [٢].

---

(١) د. سميحة القليوبي- المرجع السابق- ص ٧٢٩.

(٢) RIPERT ET RENE ROBLOT " Traite de drait commercial" tome2, librairie generale de droit et de jurisprudence, E.J.A,Paris, 1996 sam 2408.P.480.

ثانيا:- تعريف خطاب الضمان وفقاً للقواعد الموحدة السائدة في المعاملات الدولية:-

أ- القواعد الموحدة لخطابات الضمان والـ Bonds الصادرة في ١٩٨٦/٥/٢٣ [١].

نصت المادة الثانية من هذه القواعد على أن يقصد بلفظ" ضمان" المستخدمة فيما بعد: عرض، غطاء، تنفيذ، دفعة مقدمة، الدفع المقدم، الدفع مع تطور الأعمال، تحريك الدين، الحبس، ضمانات الصيانة، والضمانات التي تحمل أوصافاً أخري والتي تصدر بناء على تعليمات الآمر بالنظر إلى عقد أو عقد من باطن، أو اتفاق أو أي تعهدات أخري.

ويبدو من نص المادة الثانية أن هذه القواعد تنطبق على كل أنواع خطابات الضمان أياً كان الوصف الذي يحمله الضمان طالما يندرج تحت تعريف خطابات الضمان الوارد في المادة الرابعة من هذه القواعد والتي تقرر بأن" تعتبر خطابات الضمان بطبيعتها تعهدات غير قابلة للرجوع فيها(نهائية) ومنفصلة عن العقد أو العقود التي ترتكز عليها ولا تعتد البنوك بأي طريق بهذا العقد أو العقود أو تلتزم بها بغض النظر عن أي إشارة كانت مدرجة في هذه الخطابات إلى هذا العقد أو العقود".

يتضح أيضاً أن هذا التعريف يوضح التزام البنك المستقل والنهائي عن العقد الأصلي الذي يرتكز عليه خطاب الضمان.

---

(١) د. على جمال الدين –أعمال البنوك- المرجع السابق- ص ٦٢٦.

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن المهم هو أن البنك يتعهد بدفع مبلغ نقدي بشكل مستقل وبات(نهائي) بدون عمل إحالة إلى العقد الأصلي أو الرجوع إلى العقد الأصلي [١].

ب- القواعد الموحدة لضمانات العقود الصادرة بالكتيب رقم ٢٣٥ [٢].

فقد نصت المادة الأولي من هذه القواعد على أن" هذه القواعد تنطبق على أي ضمان أو خطاب ضمان أو تعويض أو تأمين أو أي تعهد مشابه أياً كانت تسميته أو وصفه"ضمان" يذكر فيه أنه خاضع للقواعد الموحدة لضمانات العطاءات أو الضمانات النهائية أو ضمانات الدفعات المقدمة(ضمانات العقود) الخاصة بالغرفة التجارية الدولية (لمنشور رقم ٣٢٥) وتكون ملزمة لكل الأطراف فيها ما لم يذكر صراحة غير ذلك في الضمان أو أي تعديل له".

يتضح من هذه المادة أن هذه القواعد تسري على كل خطابات الضمان أياً كان وصفها طالما ذكر فيها أنها تخضع للقواعد الموحدة لضمانات العطاءات أو الضمانات النهائية أو ضمانات الدفعة المقدمة الخاصة بغرفة التجارة الدولية والمنشورة برقم ٣٢٥، والسبب في هذا التعداد هو أن هذه القواعد اكتفت في تعريفها لخطابات الضمان بهذه الأنواع الثلاثة فقط.

---

(١) نقض تجاري ٣ نوفمبر ١٩٩٢- مجلة الفقه ١٩٩٣- ٢-٢٢٠٨٢- طبعة E-٤٥٤ مع تعليق .JACOB، أيضاً دالوز ١٩٩٥- ٢٠٩ مع تعليق AYNES.

(٢)د. محي الدين إسماعيل علم الدين –مؤسسة أعمال البنوك- المرجع السابق- ص ٩٧٣.

حيث عرفت المادة الثانية من هذه القواعد ضمان العطاء بأنه يعني "تعهد معطي بواسطة بنك أو شركة تأمين أو طرف أخر(الضامن) بناء على طلب مقدم عطاء (الأصيل) ومعطي بناء على تعليمات بنك أو شركة تأمين أو طرف أخر طلب إليه بواسطة الأصيل (الطرف معطي التعليمات) إلى طرف داع إلى تقديم العطاءات (المستفيد) بمقتضاه يتعهد الضامن –في حالة إخفاق الأصيل في الالتزامات الناشئة عن تقديم العطاء- بأن يدفع إلى المستفيد في حدود مبلغ معين من النقود".

وضمان الغطاء هو المعروف باسم خطاب الضمان الإبتدائى أو المؤقت وذلك عندما يتعلق بالعطاءات التي تقدم للمصالح الحكومية والهيئات العامة بنسب مئوية تتراوح ما بين ١ إلى ٢% من قيمة العطاء المقدم [١]. حيث تبدأ علاقة العميل بالمستفيد بطرح المناقصة أو المزايدة ليتقدم المقاولون بعطاءاتهم فيها. ولكي تضمن الجهة طارحة المناقصة أو المزايدة عدم تراجع مقدم العطاء إذا تغيرت الأسعار أو تبين خطأ في تقديره. تشترط تقديم أوراق مالية أو خطاب ضمان بنسبة معينة من قيمة العطاء.

وعرفت المادة الثانية من هذه القواعد الضمان النهائي بأنه "يعني تعهد معطي بواسطة بنك أو شركة تأمين أو طرف أخر (الضامن) بناء على طلب مورد بضائع أو خدمات أو مقاول أخر (الأصيل) أو معطي بناء على تعليمات بنك أو شركة تأمين أو طرف أخر طلب إليه ذلك بواسطة الأصيل (الطرف معطي التعليمات) إلى مشتر أو رب عمل

---

(١) د. محمود سمير الشرقاوي –المرجع السابق- ص ٥٦٦.

(المستفيد) بمقتضاه يتعهد الضامن –في حالة إخفاق الأصيل في تنفيذ شروط عقد بين الأصيل وبين المستفيد (العقد) –أن يدفع إلى المستفيد في حدود مبلغ معين من النقود، أو إذا نص على ذلك الضامن، حسب اختيار الضامن، أن يجري ترتيباً لتنفيذ العقد.

وخطاب الضمان النهائى يتعلق بضمان حسن تنفيذ العقد المبرم بين العميل والهيئة أو المصلحة الحكومية، فبعد مرحلة فحص العطاءات ورسو العطاء على العميل، يوقع مع الجهة صاحبة المناقصة أو المزايدة عقداً، ويقدم لها تأميناً نهائياً أو خطاباً مصرفياً بضمان حسن تنفيذ العملية. وله أن يسترد ما أودعه من تأمين عندما ينهض إلى تنفيذ التزامه علي الوجه المتفق عليه [١].

وتنص المادة ٦٩ من اللائحة التنفيذية من القانون المصري رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ الصادر بتنظيم المناقصات والمزايدات الحكومية على أن يسري خطاب الضمان النهائي "لمدة تبدأ من وقت إصداره إلى ما بعد انتهاء مدة العقد بثلاثة أشهر إلا إذا اتفق على غير ذلك".

وتنص المادة ٥٢ من لائحة المناقصات والمزايدات الحكومية على أن يوازي الخطاب من ٥%إلى ١٠% من قيمة العطاء ويجب تقديم خطاب الضمان النهائي خلال عشرة أيام من تاريخ إخطار مقدم العطاء (العميل) كتابةً يرسو العطاء عليه. ويكون الخطاب سارياً في هذه الحالة

---

(١) د. على جمال الدين عوض –خطابات الضمان المصرفية- ٢٠٠٠- دار النهضة العربية- ص ٢٤.

لفترة تتراوح ما بين ثلاثة شهور وسنة بعد التسليم النهائي بالنسبة لعقود المقاولات.

كما عرفت المادة الثانية للقواعد الموحدة لضمانات العقود الصادرة بالكتيب رقم ٣٢٥ ضمان الدفعات المقدمة بأنه "يعني تعهد معطي بواسطة بنك أو شركة تأمين أو طرف أخر (الضامن) بناء على طلب مورد بضائع أو خدمات أو مقاول أخر (الأصيل) أو معطي بناء على تعليمات بنك أو شركة تأمين أو طرف أخر طلب إليه ذلك بواسطة الأصيل (الطرف معطي التعليمات) إلي مشتر أو رب عمل (المستفيد) بمقتضاه يتعهد الضامن –في حالة إخفاق الأصيل في أن يدفع طبقاً لنصوص وشروط عقد بين الأصيل وبين المستفيد (العقد) أي مبلغ أو مبالغ مسبقة مدفوعة بواسطة المستفيد إلى الأصيل ولم ترد إليه –بأن يدفع إلى المستفيد في حدود مبلغ معين من النقود".

وخطاب ضمان الدفعات المقدمة يقدم إلى الجهة عندما تكون الإمكانيات اللازمة لتنفيذ المشروع كبيرة بالنسبة إلى موارد المقاول، لذلك يطلب من الجهة طارحة المشروع أن تدفع له مقدم عبارة عن جزء من قيمة العملية يساعده على المضي في تنفيذ المشروع، على أن يكون هذا الدفع المقدم مقابل خطاب ضمان بنكي يعتمد بنفس القيمة والعملة وغير مقيد بأي شروط وساري المفعول حتى تاريخ انتهاء تنفيذ العقد [١].

والجدير بالذكر أن المادة الثانية من هذه القواعد الموحدة عندما عرفت هذه الأنواع من الضمانات، ذكرت أن تعهد البنك يكون بناء على

([١])د. محي الدين إسماعيل علم الدين –موسوعة أعمال البنوك –المرجع السابق–ص٧٨٩.

طلب مورد بضائع أو خدمات أو مقاول أخر (الأصل) أو معطي بناء على تعليمات بنك أو شركة تأمين أو طرف أخر طلب إليه ذلك بواسطة الأصيل (الطرف معطي التعليمات) وهو ما يسمي بالضمان المقابل La contre garantie.فهذه القواعد تقر الضمان المباشر والضمان المقابل.

والضمان المقابل يتم إذا ابرم عقد الأساسي في مصر مثلاً، وطلب رب العمل (المستفيد) خطاب ضمان من بنك في بلده مصر، وكان المقاول أجنبياً من بلد أخر، فإن المقاول يلجأ إلى بنك في بلده الأجنبي يطلب منه أن يصدر خطاب ضمان لبنك رب العمل (المستفيد) في بلده مصر، وهذا البنك الأخير يصدر خطاب ضمان مباشرةً إلى رب العمل. فهنا نكون أمام خطابي ضمان. الأول صادر من بنك المقاول (الأصيل) لبنك رب العمل (المستفيد) ويسمي الضمان المقابل، والثاني من بنك رب العمل إلي رب العمل المستفيد ويسمي الضمان المباشر [1].

فإذا كان العميل مقيماً خارج مصر. فأنه يلجأ إلى البنك الذي يتعامل معه في محل إقامته لإصدار خطاب الضمان لصالح المستفيد المقيم. غير أن اقتدار البنك الأجنبي قد يكون مجهولاً للمستفيد المقيم. لذلك يعمد البنك الأجنبي أما إلى إصدار خطاب الضمان بنفسه وإرساله إلى أحد مراسلية في مصر للاشتراك معه في الضمان أو يقتصر على أن يطلب من مراسلة المذكور إصدار خطاب الضمان لصالح المستفيد نيابة عنه [2].

---

(1)د.على جمال الدين عوض –خطابات الضمان المصرفية –المرجع السابق-ص٤٦..

(2)د. راغب حبشي –خطاب الضمان –طبع معهد الدراسات المصرفية –١٩٦٠ –ص ١٤، ١٥.

ولا يودع البنك الأجنبي غطاء لخطاب الضمان لدي البنك المحلي وإنما يتعهد لدي هذا البنك بأن يدفع له كل ما يتحمله من مدفوعات نتيجة لإصدار الخطاب بطريق دفع مقبول عند أول طلب يصدر منه، ويجب أن يكون هذا الضمان غير مشروط [١].

ولا تقبل البنوك المحلية عادة إلا خطابات الضمان المصرفية الصادرة من بنوك الدرجة الأولي في الخارج أو يتطلب البنك المحلي من البنك الأجنبي تقديم ضمان مقابل من أحد بنوك الدرجة الأولي في دولته[٢].

ويقر القضاء بالاستقلال في حالة الضمان المقابل من حيث استقلال هذا الضمان عن الضمان الأول وعن العلاقة الأصلية بين العميل والمستفيد [٣]، ويبدو استقلال كل منهما من حيث نطاق كل منهما، ومدته، والمبلغ الوارد عليه وشروط المطالبة وغير ذلك [٤].

والضمان المقابل معروف في فرنسا في علاقات العمل الخارجية (الدولية) منذ حوالي عام ١٩٧٠ وتعترف به أحكام المحاكم الفرنسية [٥]، حيث يعطي بواسطة بنك فرنسي لمستفيد أجنبي للمساعدة في إبرام عقد بيع أو مقاولة مع مستثمر فرنسي (المقاول أو البائع)، حيث يعطي هذا الأخير أوامره للبنك الفرنسي لإصدار خطاب ضمان يكون من خلال بنك

---

(١) د. محي الدين إسماعيل علم الدين –المرجع السابق –ص ٧٩٣.

(٢) د.محمود سمير الشرقاوي –المرجع السابق –ص ٥٦٨.

(٣)نقض مصري الطعن رقم ٧٣٠٤لسنة ٦٣ق جلسة ٢٧ يونية ١٩٩٤ مج ٤٥ ص١١٢٥.

(٤)نقض تجاري فرنسي ١٩٨٣/١٢/١٣ –دالوز سيرى ١٩٨٤ –٤٢٠ مع تعليق فاسير.

(٥)نقض تجاري فرنسي في ٢٠ ديسمبر ١٩٨٢ –دالوز ١٩٨٣ –٣٦٥ مع تعلق فاسير.

المستفيد في البلد الأجنبي. وحسن تنفيذ خطاب الضمان المقابل يكون مهم لأجل السمعة الدولية للبنوك الفرنسية [١].

والجدير بالذكر أيضاً أن نص المادة الثانية للقواعد الموحدة لضمانات العقود رقم ٣٢٥، عندما ذكرت أن تعهد الضامن بدفع مبلغ الضمان يكون في حالة إخفاق الأصيل (العميل) في الوفاء بالتزاماته الناتجة عن العقد الأصلي، إنما لم تقرر ذلك ليكون حقاً من حقوق البنك، لأن التزام البنك مستقل عن العقد الأصلي ونابع من خطاب الضمان، وهذا ما أكدته المادة ١/٣ من ذات القواعد عندما قررت أن الضامن مسئولاً تجاه المستفيد طبقاً للنصوص والشروط المنصوص عليها في الضمان. وإنما ذكرت ذلك ليكون التزاماً على عاتق المستفيد، حيث أنه من المفروض إلا يلجأ إلى طلب الضمان إلا في حالة إخفاق العميل عن الوفاء بالتزاماته وإلا كان طلب الضمان ينطوي على الغش من جانب المستفيد.

حيث تسلم المحاكم الفرنسية بأن الضمان يكون معلقاً إذا أثبت العميل الآمر غش المستفيد [٢]، كما تسلم محكمة النقض الفرنسية بان الطلب التعسفي الظاهر يأخذ نفس حكم الغش ويكون سبباً لرفض طلب الضمان [٣].

---

(١) ريبير –المرجع السابق –رقم ١/٢٤٠٨ ص ٤٨٠.

(٢) نقض تجاري ٦ نوفمبر ١٩٩٠ –دالوز ١٩٩١ –١٠٩، أيضاً نقض تجاري ١١ديسمبر ١٩٨٥ –المجلة الفصلية ١٩٨٦-١-٢٨١ ومجلة الفقه ١٩٨٦-٢-٢٠٥٩٣ أيضاً دالوز سيرى-١٩٨٦-٢١٣-مع تعليق فاسير.

(٣) نقض تجاري ٢ يناير ١٩٨٧ –مجلة الفقه ١٩٨٧-٢-٢٠٨٦٤، أيضاً دالوز سيرى ١٩٨٧-١١٧ مع تعليق فاسير والمجلة الفصلية ١٩٨٧-٥٢٤. أيضاً نقض تجاري ١٨ ديسمبر ١٩٩٠- دالوز سيرى –١٩٩١-١٩٨.

ج- القواعد الموحدة التي أصدرتها غرفة التجارة الدولية بباريس لخطابات الضمان التي تدفع عند الطلب (الكتيب رقم ٤٥٨ لسنة ١٩٩٢) [١].

نصت المادة الأولي من هذه القواعد على أن "تنطبق هذه القواعد على كل خطاب ضمان تحت الطلب وتعديلاته يكون قد طلب من البنك الضامن (كما سيتم تعريفه فيما يلي) إصدار خطاب ضمان ينص فيه على خضوعه للقواعد الموحدة لخطابات الضمان تحت الطلب التي أصدرتها غرفة التجارة الدولية "الكتيب رقم ٤٥٨" وتكون هذه القاعدة ملزمة لكل الأطراف فيما عدا ما ينص عليه خلاف ذلك بصراحة في خطاب الضمان أو في أي تعديلات تدخل عليه".

يتضح من ذلك أنه في حالة النص في خطاب الضمان على أن يخضع لهذه القواعد، فعندئذ تكون هذه القواعد ملزمة لكل الأطراف. وهو ذات النص المقرر في القواعد الموحدة لضمانات العقود الصادر بالكتيب رقم ٣٢٥ والسابق ذكرها(المادة الأولي أيضاً).

والجدير بالذكر أنه يجوز استبعاد أي نص من هذه القواعد صراحة فلا ينطبق، وتنطبق النصوص الأخرى التي لم تستبعد ويحل محل النص أو النصوص المستبعدة أحكام الاتفاق أو العرف [٢].

والمقصود بالضمان الذي يخضع لهذه القواعد هو الضمان الذي يضمن به البنك عميلة ولا يضمن به نفسه، كما هو الحال بالنسبة

---

(١)د. على جمال الدين عوض –خطابات الضمان المصرفية- المرجع السابق – ص ٤٤٣.

(٢)د. على جمال الدين عوض –خطابات الضمان المصرفية –المرجع السابق- ص ٥١.

لخطابات الضمان وفقاً لقانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ [١].
فتخرج الضمانات التي تصدر لحساب مصدرها ذاته، أي التي يصدرها بنك لحساب نفسه، كما لو تعاقد أ مع ب علي عقد معين، وصدر ضمان من بنك لحساب أحد المتعاقدين وليكن أ، ولكن من تلقاء نفس البنك الذي ضمن لـــ أ حسن تنفيذ ب لالتزامه. فهذه كفالة من البنك للمستفيد أ وليس خطاب ضمان [٢]، ويجب ملاحظة أن هذه الكفالة إذا كانت مستقلة أي غير مرهونة بوجود معاملة أصلية أي غير مرتبطة بالعقد الأصلي وغير خاضعة لأي شرط أو حكم غير وارد في نص التعهد فإنها تأخذ حكم خطاب الضمان كما أشارت إلى ذلك مجموعة الأونسترال.

وخطاب الضمان تحت الطلب وفقاً للقواعد الموحدة ٤٥٨ لسنة ١٩٩٢ يعني كما أشارت إلى ذلك المادة ٢/ا– أي ضمان أو سند أو تعهد بالدفع أياً كان مسماة أو وصفه صادر من بنك أو شركة تأمين أو أي جهة أو شخص (يشار إليه فيما يلي بالضامن) يتعهد كتابة بأن يدفع مبلغاً محدداً نقدياً عند تقديم ما يتفق مع نصوص الضمان بناء على طلب كتابي بالدفع، وأي مستند أخر أو مستندات (على سبيل المثال شهادة صادرة من معماري أو مهندس، حكم محكمة أو حكم تحكيم حسب ما هو منصوص عليه في الضمان) وهذا التعهد يصدر بناء على:-

* طلب أو تعليمات وبموجب التزام صادر من شخص (يشار إليه فيما يلي بالأصيل أو الموكل أو الآمر).

---

(١)د. محي الدين إسماعيل علم الدين –شرح قانون التجارة الجديد –١٩٩٩-ص ٦٩٢.

(٢)د. على جمال الدين عوض –خطابات الضمان المصرفية –المرجع السابق –ص٥٢.

* بناء على طلب أو تعليمات وعلى مسئولية بنك أو شركة تأمين أو أي جهة أو شخص يشار إليه فيما يلي بالطرف مصدر للتعليمات أو الضمان المقابل، والذي يتصرف بموجب التعليمات الصادرة من الأصيل إلي أي طرف أخر (يشار إليه فيما يلي بالمستفيد).

يتضح من هذا التعريف ما يلي:-

١- أن خطاب الضمان الذي تنطبق عليه هذه القواعد قد يعني ضمان أو سند أو تعهد بالدفع أياً كان مسماة أو وصفه، طالما كان يندرج تحت تعريف خطاب الضمان كما جاء بهذه القواعد.

٢- أن خطاب الضمان قد يصدر من بنك أو شركة تأمين أو أي جهة أو شخص طالما يشار إليه بالضامن، فخطاب الضمان وفقاً لهذه القواعد لا يقتصر صدوره من بنك.

٣- أن التعهد الناتج عن خطاب الضمان يجب أن يكون كتابة، وبصرف النظر عن المصطلح الذي يحمله خطاب الضمان يجب أن تكون هذه الكتابة كافية بذاتها لبيان مضمونه وأن تكون منضبطة العبارات [١]، أي أن التعهد الناتج عن خطاب الضمان يتضح من عبارات الخطاب ومصطلحاته، فهو تعهد حرفي شكلي ناتج من عباراته، فالتعهد عند أول طلب يكون تعهداً شكلياً مدققاً وكيفيته تكون محددة في شكل موجز واضحة العبارات [٢] .

---

(١)نقض تجاري فرنسي ٨ ديسمبر ١٩٨٧ نشرة محكمة النقض ٤ رقم ٢٦١- مجلة قانون البنوك ١٩٨٨- ٢٦، أيضاً دالوز سيرى ١٩٨٨ ملخص ٢٤٠ مع تعليق فاسير، وبالمجلة الفصلية١٩٨٨- ٤٧٩ مع تعليق Gabrillac.

(٢)باريس ٢٤ أكتوبر ١٩٨٩ –الفقه –١٩٩٠- ٢- ٢١٤٤ مع تعليق فالتس.

وليس هناك عبارات أو ألفاظ محددة يجب أن يتضمنها الخطاب بل كل ما يؤدي إلى معناه جائز. فقد ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أن [١] "حق المستفيد من خطاب الضمان ينشأ من تاريخ وصول الخطاب إليه وعلمه به وطبقاً لما يرد به من عبارات وذلك حتى انتهاء المدة المحددة به....." كما ذهبت أيضاً محكمة النقض [٢] إلى أن "علاقة البنك بالمستفيد هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل يحكمها خطاب الضمان وحدة وعباراته هي التي تحدد التزام البنك والشروط التي يدفع بمقتضاها.....".

٤- خطاب الضمان يجب أن يكون بقصد دفع مبلغ نقدي وبأي عملة يتعهد بها البنك[٣]، فلا يخضع لخطاب الضمان التعهد بتسليم بضاعة أو أوراق مالية أو التعهد بتكملة أعمال العقد الأصلي فكل ذلك لا يخضع لخطاب الضمان حتى لو تحولت مسئولية الضامن إلى مسئولية نقدية.

٥- أشارت المادة ٢/أ من هذه القواعد إلى ضمان المقابل وعرفته ذات المادة في الفقرة جـ بأنه يعني أي ضمان أو سند أو أي تعهد بالدفع من الجهة المصدرة للتعليمات مهما كان مسماة أو وصفه يصدر كتابة بتعهد بدفع مبلغ من المال للضامن عند تقديم ما يتطابق مع شروط التعهد بطلب كتابي بالدفع مع أى مستندات أخري محددة تفصيلاً في الضمان المقابل والتي تبدو في ظاهرها مطابقة لشروط الضمان المقابل، والضمانات المقابلة بطبيعتها عمليات منفصلة عن الضمانات التي

---

(١)الطعن رقم ٧٣٠٤ لسنة ٦٣ق جلسة ١٩٩٤/٦/٢٧.

(٢)نقض ١٩٨٥/١٢/٣٠ مجموعة الخمس سنوات ٨٠-١٩٨١ ص ٦٧.

(٣)نقض تجاري فرنسي ٤ يوليو١٩٩٥- الضمان المدني -٤-٢٠٠٠، دالوز ١٩٩٦-٢٤٩، المجلة الفصلية ١٩٩٦-١٠٢ مع تعليق كابريك.

تتصل بها وعن العقود المتعلقة هي بها وكذلك عن شروط المناقصات. والأطراف المصدرة للتعليمات (الضمان المقابل) ليست لها شأن بأي طريقة أو التزام بهذه الضمانات أو العقود أو شروط المناقصات بالرغم من وجود إشارة إليها في الضمان المقابل.

٦- قد يتبادر إلى الذهن من نص المادة ٢/أ أن هذه القواعد الموحدة تنحصر فقط في الضمانات واجبة الدفع بناء على طلب مكتوب وأي مستندات أخري مطابقة لشروط الضمان، أي تنحصر في الضمانات المستندية، أما الضمانات الأخرى غير المستندية فلا تنطبق عليها هذه القواعد وهذا غير صحيح.

لأن هذه القواعد تنطبق أياً كان نوع الضمان سواء كان مطلق بدون قيود أو عند أول طلب مسوغ أو عند أول طلب مستندي [1]، ونص المادة ٢٠من ذات القواعد تؤكد ذلك، حيث تقرر بأنه "يجب أن تكون أي مطالبة في نطاق الضمان كتابة ويجب أن يرفق بها (بالإضافة إلى ذلك أي مستندات قد يكون منصوصاً عليها في الضمان) أو تعزز بإقرار كتابي (يدخل في صلب المطالبة نفسها أو بمستند أو مستندات ترفق بالمطالبة ومشار إليها فيها)".

---

[1] عكس ذلك أستاذنا د. على جمال الدين عوض- خطابات الضمان المصرفية- المرجع السابق- ص٥٤ حيث يرى أن هذه القواعد تنحصر في الضمانات واجبة الدفع بناء على طلب مكتوب وأي مستندات أخري مطابقة لشروط الضمان، أما الضمانات الأخرى غير المستندية أي التي تدفع بطلب مكتوب غير مصحوب بأي مستند فلا تخضع للقواعد.

فهذه المستندات قد يكون منصوصاً عليها في الضمان وقد لا يكون منصوصاً عليها، حيث يكتفي في هذه الحالة بالمطالبة الكتابية –أي طلب مطلق بدون قيود-وقد تعزز بإقرار كتابي.

ثم إن القواعد الموحدة التي يرجى منها التطبيق في العلاقات الدولية يجب إلا تقيد نفسها في هذا النوع من الضمانات فقط.

كما أن القضاء الفرنسي يقرر بأن الضامن يمكنه أن يتعهد عند أول طلب مطلق بدون قيود أو عند أول طلب مسوغ حيث يمكن للمستفيد في هذه الحالة توضيح المخالفات أو الأخطاء أو العيوب الناتجة عن تنفيذ العقد الأصلي كتابياً عند تقديم الطلب ولا يكلف في هذه الحالة بإثبات حقه في المال محل خطاب الضمان [١]، أو عند أول طلب مستندي مثل شهادة خبير أو شهادة صادرة من مهندس معماري أو حكم محكمة أو حكم تحكيم كدعامة أو سند لطلبه [٢].

د- قواعد الأونسترال الصادرة من لجنة التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة والمتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة [٣].

---

(١)نقض تجاري ١٩ فبراير ١٩٩١ –بنك – ١٩٩١ – ٤٢٩ مع تعليق RIVES - LANGE. المجلة القانونية لقانون الأعمال ١٩٩١ – ٤٥٣، أيضاً باريس ٢٤ نوفمبر ١٩٨١ – دالوز سيري ١٩٨٢ – ٢٩٦ مع تعليق فاسير.

(٢)نقض تجاري ١٦ مايو ١٩٩٥ – المجلة الفصلية ١٩٩٦- ١٠١، وأيضاً محكمة باريس ٢٤ يناير ١٩٨٤ –دالوز سيري ١٩٨٤ – ٢٠٣ مع تعليق فاسير.

(٣)د. على جمال الدين عوض –خطابات الاعتماد المصرفية –المرجع السابق-ص٥٠٣ ملحق يشمل الترجمة الرسمية للاتفاقية. أيضاً د. سميحة القليوبي –المنظمات الدولية- المرجع السابق- ص١٤.

عرفت قواعد الأونسترال خطاب الضمان في المادة ١/٢ حيث قررت بأن "يمثل التعهد التزاماً مستقلاً، يعرف في الممارسة الدولية بأنه كفالة مستقلة أو خطاب اعتماد ضامن، مقدماً من مصرف أو مؤسسة أخري أو شخص أخر (الكفيل/المصدر) بأن يدفع للمستفيد مبلغاً معيناً أو قابلاً للتعين، لدي تقديم مطالبة بسيطة أو مطالبة مشفوعة بمستندات أخري، حسب أحكام التعهد وأي من شروطه المستندية، تبين أو يستدل منها استحقاق السداد بسبب تقصير في أداء التزام ما، أو بسبب حادث طارئ أخر، أو سداد لمال مقترض أو مستلف، أو سداد لأي دين مستحق السداد واقع على الأصيل/الطالب أو شخص أخر".

وأشارت المادة ٢/٢ من قواعد الأونسترال بأنه يجوز إعطاء التعهد بناء على طلب أو أمر من (الأصيل/ الطالب) عميل (الكفيل/ المصدر). وهذا هو الضمان بطبيعته أو الضمان العادي ثلاثي الأطراف وهم الأصيل والمستفيد والضامن.

كما أشارت إلى أنه يجوز إعطاء التعهد بناء على أمر من مصرف أخر أو مؤسسة أخري أو شخص أخر (طرف آمر) يتصرف بناء على طلب من (الأصيل/ الطالب) عميل ذلك الطرف الآمر. وهذا هو الضمان المقابل رباعي الأطراف وهم طرف آمر وأصيل يتصرف الطرف الآمر بناء على طلبه وضامن ومستفيد.

فالضمان المقابل يضم المستفيد الذي صدر الضمان لصالحه، والأصيل وهو الآمر الطرف في العقد الأصلي، والضامن وهو بنك في بلد المستفيد يتصرف بناء على تعليمات من بنك الآمر، ومصدر التعليمات

وهو عادةً بنك الآمر الذي اصدر التعليمات إلى البنك في بلد المستفيد وهو يصدر له ضماناً مقابلاً.

كما أشارت المادة ٢/٢ من قواعد الأونسترال أيضاً إلى أنه يجوز إعطاء التعهد لصالح الكفيل/ المصدر نفسه، وهو الضمان الذاتي الذي يصدر لحساب الضامن بدون صدور أوامر من عميل حيث يحتوي خطاب الضمان على طرفين هما الضامن والمستفيد، وهذا النوع من الضمان يخرج من نطاق تطبيق القواعد الموحدة التي أصدرتها غرفة التجارة الدولية بالكتيب رقم ٤٥٨لسنة ١٩٩٢ (١). باعتبارها ضماناً عادياً.

وأشارت المادة ٤/٢ من قواعد الأونسترال إلى أنه يجوز أن ينص التعهد على أن يكون الكفيل/المصدر نفسه هو المستفيد عندما يتصرف لصالح شخص أخر. وذلك على خلاف ما هو متفق عليه في القواعد الموحدة السابقة من اعتبار هذا النوع من الضمان ضماناً عادياً وليس خطاب ضمان.

وعلى خلاف ما هو متفق عليه في القواعد الموحدة لخطابات الضمان من أنه يجب أن يقصد به دفع مبلغ نقدي فلا يجب أن يكون تعهد البنك بعمل شيء كتكملة التزام العميل أو تقديم شيء، أشارت قواعد الأونسترال في المادة ٣/٢ أن التعهد يكون بقصد السداد بعملة معينة أو وحدة حساب معينة أو قبول كمبيالة، أو السداد لأجل، أو تقديم شيء محدد ذي قيمة.

---

(١)د. على جمال الدين عوض –خطابات الضمان المصرفية –المرجع السابق –ص ٥١، ٥٤.

والملاحظ مما سبق أن أكثر القواعد اتفاقاً مع تعريف المشرع المصري لخطاب الضمان في قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ هي القواعد الموحدة التي أصدرتها غرفة التجارة الدولية بباريس المتعلقة بخطابات الضمان التي تدفع عند الطلب والصادرة بالكتيب رقم ٤٥٨لسنة١٩٩٢. ولكن في ذات الوقت يجب عدم استبعاد قواعد الأونسترال من نطاق حرية الأطراف في اختيارها لتحكم خطابات الضمان خاصة أن هذه الاتفاقية معروضة على الدول للانضمام إليها، وقد وافقت عليها وزارة العدل المصرية وتتخذ وزارة الخارجية الآن الإجراءات لعرض أمر الانضمام إليها على مجلس الشعب.

كما يجب عدم استبعاد القواعد الموحدة لضمانات العقود الصادرة بالكتيب رقم ٣٢٥ خاصةً بالنسبة لضمان العطاء والضمان النهائي وضمان الدفعات المقدمة لأن هذه القواعد وضعت أحكاماً محددة ودقيقة لهذه الأنواع من الضمانات.

ثالثاً: تعريف الفقه والقضاء لخطاب الضمان: -

١ - تعريفات الفقه

فقد عرف ريبير الضمان المستقل بأنه تعهد يتحمله البنك بدفع مبلغ معين لضمان تنفيذ عقد يبرم بواسطة العميل (العقد الأصلي) دون أن يستطيع البنك التحلل منه بالتمسك بوسائل أو دفوع مستخلصة من العقد الأصلي [١].

---

(١) ريبير –المرجع السابق –رقم ٢/٢٤٠٨ ص٤٨٠.

ويعرفه أخر بأنه [١] تعهد بدفع مبلغ نقدي معين، بالنظر إلى العقد الأساسي، وضماناً لتنفيذه، ولكنه ينشئ التزاماً مستقلاً عن العقد المضمون، ويتميز بعدم جواز الاحتجاج بالدفوع المستمدة من هذا العقد.

كما عرفه البعض الأخر [٢] بأنه تعهد مصرفي مكتوب بدفع مبلغ نقدي لدي أول طلب من المستفيد بالتطبيق لنصوص التعهد دون إمكانية التمسك بأي دفع مرتبط بالعقد الأصلي مع التحفظ بالنسبة لحالة الغش.

يتضح من تعريفات الفقه الفرنسي أنها تقوم على بيان التزام البنك بدفع مبلغ نقدي معين وهذا الالتزام وضحه المشرع المصري في قانون التجارة رقم ١٧ لسنة١٩٩٩، مما يؤدي إلى استبعاد والتزام البنك في خطاب الضمان بأداء شيء أو عمل شيء. كما يوضح الفقه الفرنسي الصفة الأساسية لخطاب الضمان وهي استغلال التزام البنك عن العقد الأصلي، أي عن العلاقة الأصلية بين المستفيد والعميل معطي الأوامر. وهذا هو اتجاه المشرع المصري أيضاً، حيث يتضح ذلك من عبارة "دون الاعتداد بأية معارضة" والتي استعارها المشرع المصري من تعريف أستاذنا الدكتور محسن شفيق.

فقد عرف [٣] خطاب الضمان بقوله "أن البنك يفرغ الضمان في خطاب يرسله-بناء على طلب عميلة- إلى صاحب المشروع يبلغه فيه أنه

---

(١)SIMLER, APROPOS des Garanties autonomes de drait interne sauserites par de personnes physiques, J.C.P.1991 ed.E.1.90.

(٢)RIVES –LANGE, Existe-T- il en droit francais des engagements alstraits paris par le lanquier? Banque, 1985, 902.

(٣)د. محسن شفيق –الموجز في القانون التجاري –١٩٦٩/٦٨ –دار النهضة العربية –ص ٤٤١.

يتعهد بدفع مبلغ التأمين متي طلب خلال مدة معينة، وذلك على الرغم من أية معارضة من جانب العميل، ويطلق على هذا الخطاب أسم "خطاب الضمان".

بينما عرف أستاذنا الدكتور على جمال الدين عوض خطاب الضمان [1] بأنه "تعهد مكتوب يصدره البنك الضامن –بناء على طلب عميلة (الآمر) –بشأن عملية محددة أو غرض محدد، يلتزم بموجبة البنك بان يدفع إلى طرف ثالث (المستفيد)، مبلغاً معيناً من النقود عند أول طلب منه، سواء كان طلباً مجدداً أو مبرراً أو مصحوباً بتقديم مستندات محددة في الخطاب يقدمها المستفيد، خلال أجل محدد عادة أو غير محدد في أثناء سريان أجله رغم أية معارضة، من العميل المضمون أو البنك الضامن، على أن يكون الضامن شخصاً غير المتعاقد مع المستفيد الذي طلب الضمان لصالح شخص المستفيد".

يتضح من هذا التعريف أن تعهد البنك يجب أن يكون مكتوباً، وأن هذا التعهد الذي يصدر بشأن عملية محددة أو غرض محدد، يجب أن يوضح فيه نوع الخطاب، وما إذا كان خطاب ضمان جمركي، أو خطاب ضمان ملاحي، أو خطاب ضمان مناقصات والمزايدات سواء كان ابتدائياً أو نهائياً، أو خطاب ضمان الدفعات المقدمة أو غير ذلك. كما يوضح هذا التعريف أن طلب خطاب الضمان قد يكون مطلقاً بدون قيود أي مجرداً، وقد يكون مبرراً أو مسوغاً، وقد يكون مصحوباً بتقديم مستندات محددة في الخطاب يقدمها المستفيد. كما يوضح صفة الاستقلال لالتزام البنك تجاه

---

(1)د. على جمال الدين عوض –خطابات الضمان المصرفية –المرجع السابق- ص١١.

المستفيد وعدم الاعتداد بأي معارضة عندما يطلب المستفيد خطاب الضمان. ولا يعتد هذا التعريف بخطاب الضمان الذي يكون الضامن فيه هو المتعاقد مع المستفيد. رغم أن هذا التعريف يعتبر تعريفاً شاملاً لخطاب الضمان إلا أنه لم يوضح الضمان المقابل.

وقد عرف أستاذنا الدكتور محمود سمير الشرقاوي [١] خطاب الضمان بأنه " تعهد كتابي صادر من بنك بناءاً على طلب عميلة، يلتزم فيه لصالح هذا العميل فى مواجهة شخص ثالث هو المستفيد بأن يدفع إليه مبلغاً معيناً إذا طلبه المستفيد خلال أجل محدد في الخطاب".

ورغم أن هذا التعريف يوضح خصائص خطاب الضمان إلا أنه لم يتضمن أهم هذه الخصائص وهو التزام البنك المستقل في مواجهة المستفيد وعلاقته المنفصلة عن علاقة البنك بالعميل وعلاقة العميل بالمستفيد. فقد ذهبت محكمة النقض المصرية [٢] بأن علاقة البنك بالمستفيد بخطاب الضمان علاقة منفصلة عن علاقة البنك بعميلة.

كما عرف الأستاذ مصطفي مرعي خطاب الضمان بأنه [٣] "تعهد مكتوب يصدره أحد البنوك –بناء على طلب عميلة –بصدد عملية أو غرض محدد، يلتزم بموجبة أن يدفع لصالح طرف ثالث مبلغاً معيناً من

([١])د. محمود سمير الشرقاوي –القانون التجاري –الجزء الثاني- المرجع السابق –ص ٥٦٦.

([٢])نقض في ١٦مايو ١٩٧٧الطعن ٧٠٠لسنة ٤١ق. مذكور في كتاب أستاذنا الدكتور. ثروت على عبدالرحيم –القانون التجاري البحري –١٩٩٦/٩٥ دار النهضة العربية –ص٦٢ الهامش٢.

([٣])د. مصطفي مرعي –خطابات الضمان "عملياً ونظرياً" –معهد الدراسات المصرفية –فبراير ١٩٧٥ –ص٤.

النقود عند أول طلب يتلقاه من هذا الطرف خلال أجل سريانه وذلك رغم أية معارضة قد يحتج بها العميل المضمون".

والجدير بالذكر في هذا الخصوص أن التعهد بدفع مبلغ من النقود بناء على طلب المستفيد ورغم أية معارضة من العميل يتعين أن يرد بهذا المدلول في صياغة خطاب الضمان وعباراته [١]. والتعهد بهذا يمثل الخواص الأساسية التي ينبغي توافرها في التزام البنك، وبدونها يفقد خطاب الضمان قيمته، أما فيما عدا ذلك من الشروط فيمكن أن يجري الاتفاق عليه وهي تختلف بحسب طبيعة علاقة العميل بالمستفيد التي صدر خطاب الضمان في شأنها [٢].

٢ - تعريفات القضاء: -

---

(١)ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أن "خطاب الضمان وإن صدر تنفيذاً للعقد المبرم بين البنك وعميلة إلا أن علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقته بعميلة يحكمها وحده وعباراتها هي التي تحدد التزام البنك والشروط التي يدفع بمقتضاها.." الطعن ١٠٤٣لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٥/١٢/٣٠، والطعن رقم ٧٣٠٤ لسنة ٦٣ق جلسة ١٩٩٤/٦/١٧.

(٢)د. راغب حبشي – المرجع السابق –ص٩. أيضاً د. محمد على البربري – خطابات الضمان – معهد الدراسات المصرفية –١٩٦٢-ص ٢١.

ذهبت محكمة النقض المصرية [1] إلى أن "خطاب الضمان. التزام البنك مصدره بسداد قيمته إلى المستفيد بمجرد مطالبته بذلك أثناء سريان أجله دون الحصول على موافقة العميل".

وذهبت أيضاً [2] إلى أن "خطاب الضمان. علاقة البنك بالمستفيد منفصلة عن علاقته بالعميل. مؤدي ذلك. إلزامه بسداد المبلغ الذي يطلبه المستفيد فوراً ما دام في حدود التزام البنك المبين به".

وما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية ما هو إلا تأكيد لما سبق أن قالته من أنه [3] "لما كان الأصل في خطاب الضمان إلا يتوقف الوفاء به على واقعة خارجية ولا على تحقق شرط ولا على حلول أجل ولا يغير من ذلك أن يرتبط تنفيذه بواقعة ترجع إلى المستفيد من الخطاب وكان المفروض في قضاء هذه المحكمة أن خطاب الضمان وإن صدر تنفيذاً للعقد المبرم بين البنك وعميلة إلا أن علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل يحكمها خطاب الضمان وحدة وعبارته هي التي تحدد التزام البنك والشروط التي يدفع بمقتضاها حتى إذا ما طولب بالوفاء في أثناء سريان أجل الضمان وتحققت الشروط وقدمت إليه المستندات المحددة في خطاب الضمان وجب عليه الدفع فوراً بحيث لا يلتزم إلا في حدود تلك الشروط أو يعتد بغير هذه المستندات ولا يكون دفع البنك إلى المستفيد صحيحاً كما لا يكون له

---

(1)الطعن ٥١٧٦لسنة ٦٤ق،٥٨٩٢لسنة٦٤ق جلسة١٩٩٦/٧/٨، ونقض جلسة ١٩٧٩/١٢/٣١س ٣٠ص٤٢٦العدد الثالث، ونقض جلسة ١٩٨٠/٢/١١ س٣١ ص٤٧٠ العدد الأول.

(2)الطعن رقم ٢٣٩٥ لسنة ٦١ق – جلسة ١٩٩٣/١/٤.

(3)الطعن رقم ١٠١٣ لسنة ٥٠، ٢٠٨٤لسنة ٥٨ ق جلسة ٢٩ مايو ١٩٨٩.

أن يرجع بما دفعه على عميله إلا إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لخطاب ضمان صدر صحيحاً ومطابقاً لتعليمات العميل وإلا تحمل البنك مسئولية الوفاء، فإذا لم تتحقق الشروط أو لم تقدم المستندات المحددة في الخطاب أنتهي ضمان البنك وكان لعميلة أن يسترد منه غطاء خطاب الضمان في اليوم التالي لانتهاء الضمان".

ويمكن القول أن أكثر تعريفات القضاء المصري لخطاب الضمان دقة وشمولية هو ما قالته محكمة استئناف القاهرة [١] أن "خطابات الضمان هي في حقيقتها وكما جري عليه العرف التجاري أوراق مصرفية لها طابع خاص تصرف قيمتها لمن حررت لصالحه عند أول طلب دون منازعة من محررها أومن المضمون. وهي بمثابة نقود تحت يد المستفيد منها ليحصل منها على ما قد يستحق له قبل المضمون في العقد المتفرع عنه هذا الضمان".

بينما ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أنه [٢] "بصرف النظر عن أية تسمية لالتزام البنك المستقل وعند أول طلب وبصرف النظر عن المصطلحات المستخدمة والتي يجب أن تكون منضبطة، يجب الاعتراف بوجود هذا الضمان إذا كان تعهد البنك بالدفع باتاً وبدون قيد أو شروط أو

---

(١)محكمة استئناف القاهرة –الدائرة الثامنة تجاري- ١٩٥٥/١٢/٢٧- استئناف رقم ١١٥٦لسنة ٧١ق.

(٢)نقض فرنسي تجاري ٨ديسمبر ١٩٨٧ نشرة محكمة النقض ٤ رقم ٢٦١- مجلة قانون البنوك ١٩٨٨-٢٦، دالوز سيرى ١٩٨٨ الملخص ٢٤٠ مع تعليق فاسير، والمجلة الفصلية ١٩٨٨-٤٧٩ مع تعليق GABRILLAC et TEYSSIE.

تحفظ وعند أول طلب وبالأخص بدون استطاعة المعارضة من المستفيد أياً كان الدفع المستخلص من العقد الأصلي".

وذهبت محكمة النقض الفرنسية أيضاً إلى أن [1] "المهم هو أن البنك يتعهد بدفع مبلغ نقدي فوراً وبشكل مستقل وبات، وبدون عمل إحالة إلى العقد الأصلي".

وذهب القضاء الفرنسي أيضاً [2] إلى أن التعهد الناتج عن الضمان عند أول طلب هو تعهد يتضح من عبارات الخطاب ومصطلحاته، فهو تعهد حرفي شكلي ناتج من عباراته.

---

(1) نقض تجاري ٣ نوفمبر ١٩٩٢- مجلة الفقه ١٩٩٣-٢-٢٢٠٨٢ طبعة E رقم ٤٥٤ مع تعليق JACOB أيضاً دالوز ١٩٩٥-٢٠٩ مع تعليق AYNES.

(2) باريس ٢٤ أكتوبر ١٩٨٩- الفقه ١٩٩٠-٢-٢١٤٤ مع تعليق فالتس.

المطلب الثاني

أهمية خطاب الضمان

يعد خطاب الضمان أحد صور عمليات البنوك الائتمانية الناشئة عن تدخل البنك بإعارة توقيعه تأميناً لائتمان أحد عملائه، فتوقيع البنك يرتب للمستفيد المزايا التي يحققها دفع مبلغ نقدي، فالبنك يعطي توقيعه لكي يحصل عميلة على أجل للوفاء أو يحصل على قبول المتعامل معه التعاقد.

فالحاجة إلى خطاب الضمان تنشأ عندما يجد الشخص نفسه مضطراً إلى تقديم ضمان نقدي إلى شخص أخر لكي يقبل هذا الأخير منحه أجلا أو التعاقد معه، حيث يقوم خطاب الضمان مقام التأمين النقدي، ولكن بدلاً من تقديم هذا التأمين يلجأ الشخص إلي البنك الذي يتعامل معه ليبرم معه عقد اعتماد ضمان، ويتفق في هذا العقد علي أن يصدر البنك خطاب ضمان لصالح الجهة التي يتعامل معها العميل وبالشروط التي يطلبها العميل، فإذا أصدر البنك خطاب الضمان وقبله المستفيد أصبح ملتزماً بشكل مستقل وبات أمام المستفيد بان يدفع له قيمة خطاب الضمان عند أول طلب ودون الاعتداد بأي معارضة.

وإذا كانت الحاجة إلي استصدار خطاب الضمان لا تثور بصدد علاقة قانونية محددة إلا إن كل تطبيقاته تقريباً تتمثل في اشتراط جهة إدارية حصولها علي خطاب ضمان من أحد البنوك التي يتعامل معها العميل يتعهد فيه بالوفاء بمبلغ معين متي طالبته الجهة به. كما جري العمل عند تنفيذ المشروعات أن يشترط صاحب المشروع علي القائم

بتنفيذه تقديم خطاب ضمان لكي يضمن تنفيذ المشروع وفقاً للمواصفات وفي المواعيد التي تم الاتفاق عليها [١]. فقد تكون الصفقة بين العميل وجهة الإدارة أو صاحب المشروع بيعاً أو توريداً أو مقاولة إنشاء أو أشغال عامة أو غير ذلك، فيكون الحصول علي خطاب الضمان بديلاً عن الوفاء بمبلغ من النقود علي سبيل التأمين [٢].

ولخطاب الضمان أهمية كبري في الحياة العملية، فمثلاً نجد عند الاشتراك في المناقصات والمزايدات تطلب الأشخاص المعنوية العامة والشركات ممن يرغب في الاشتراك تقديم مبلغ معين كتأمين وضمان لجدية العطاءات التي يقدمونها. ولما كان تقديم هذه الضمانة النقدية يضر بالمتقدم للعطاء لأن فيه تجميداً لمبلغ كبير هو في حاجة إليه في تنفيذ العملية . كما أن إجراءات استرداده بعد الانتهاء من تنفيذ المشروع طويلة ومعقدة، لذلك يفضل المتقدم للعطاء أن يقدم لصاحب المشروع خطاباً من البنك يحل محل هذا التأمين.

كذلك تلعب خطابات الضمان دوراً هاماً لمصلحة الجمارك ليتيسر علي المستوردين الحصول علي بضائعهم ودفع الرسوم عليها. وتمنع في نفس الوقت تكدس البضائع علي الأرصفة أو في المخازن، مما يسهل عمليات الشحن والتفريغ ويوفر جهداً ونفقات طائلة، حيث توفر خطابات الضمان الضمانات اللازمة لحماية حقوق الخزانة. فمثلاً قد يلزم مرور بضعة أسابيع أو شهور بين وصول البضائع وإعادة تصديرها إلى جهة

---

(١) د. محسن شفيق – المرجع السابق – ص٤٤١.

(٢) د. علي البارودي – العقود وعمليات البنوك- الطبعة الثانية –١٩٦٨-ص ٣٩٣،ف٢٧٤.

أخري لذلك تترخص مصلحة الجمارك في تحصيل الرسوم مقابل تقديم مالك البضاعة خطاب يغطي المدة التي ستظل فيها البضائع في المستودعات . كما أن أصحاب هذه المستودعات يقدمون خطابات ضمان لمصلحة الجمارك كتأمين عند إنشاء المستودع [١].

كما أن مصلحة الجمارك قد تسمح بإدخال مواد أولية إلي الدولة لتصنع أو سلع لإصلاحها أو تكملة صنعها مع إعفائها من الضرائب والرسوم الجمركية علي أن يقدم المستورد لها خطاب ضمان مصرفي بقيمة الضرائب والرسوم المستحقة، وهناك الوجه الأخر لهذه العملية وهو تصدير بعض السلع لاستكمال صنعها في الخارج وإعادتها حيث يقدم المصدر لمصلحة الجمارك خطاب ضمان بقيمة الضرائب والرسوم المستحقة عليها لحين عودتها، فإذا لم تصدر المواد المستوردة في المثال الأول أو لم ترد في المثال الثاني خلال سنة من تاريخ الاستيراد أو التصدير أصبحت الضرائب والرسوم واجبة الأداء ويكون لمصلحة الجمارك اقتضاء قيمة خطاب الضمان من البنك [٢] .

وكذلك في حالة البضائع العابرة داخل البلاد دون أن تأخذ طريق البحر، حيث يقدم صاحب البضائع خطاب ضمان بقيمة الضرائب والرسوم

([١])المادة ١من قرار وزير الخزانة رقم ٤٣لسنة ١٩٦٣ الخاص بالشروط العامة للمستودعات، حيث تنص المادة ٣/١٣٠ من قانون التجارة رقم ١٧لسنة ١٩٩٩ علي أن "تراعي في تطبيق أحكام هذا الفصل (الخاص بالإيداع في المستودعات العامة) علي إيداع بضائع لم تدفع عنها الضرائب أو الرسوم الجمركية، الأحكام المنصوص عليها في القوانين الخاصة بذلك والقرارات الصادرة بتنفيذها".

([٢])د. محي الدين إسماعيل علم الدين – موسوعة أعمال البنوك – المرجع السابق – ص٧٨١.

حتى تصل هذه البضائع إلي وجهتها الحقيقية، ويقدم صاحب البضائع شهادة من جمارك هذه البلاد يثبت استلامها، وإلا يكون لمصلحة الجمارك الحق في اقتضاء قيمة خطاب الضمان.

وهناك إرسال شركات الغزل والنسيج منسوجاتها إلى الخارج لطبيعتها وإعادتها. إذ يتم ذلك مقابل تقديم خطاب ضمان مصرفي إلي مصلحة الجمارك حتى تعاد المنسوجات المصدرة [١] .

أيضاً تقدم خطابات الضمان لتيسير التخليص علي البضائع. وكضمان بطلب من المخلص الجمركي، حيث يجب عليه قبل مزاولته هذه المهنة أن يودع لدي مصلحة الجمارك خطاب ضمان يقدره المدير العام لمصلحة الجمارك حسب الحالة وذلك ضماناً للغرامات التي يحكم بها في حالة المخالفات التي تقع منه أو من أحد مستخدميه التابعين له[٢] .

وهناك خطابات الضمان التي تقدم لمصلحة الضرائب حيث يعرض الممول خطاب ضمان من البنك الذي يتعامل معه لضمان الوفاء بالمستحقات الضريبية المفروضة عليه والتي وافقت المصلحة على تقسيطها أو تأجيل استحقاقها [٣].

وأيضاً تقوم خطابات الضمان بدور هام في الملاحة البحرية، حيث يحدث عند استيراد بضائع من الخارج أن يتأخر وصول مستندات الشحن وخاصة بوليصة التأمين الخاصة بالرسالة الواردة، عن وصول الرسالة

---

(١) د. خيرت ضيف –محاسبة البنوك التجارية –طبعة ١٩٥٨ ص ١٨٨.

(٢) المادة ٥ من قرار وزير الخزانة رقم ٤٠ لسنة ١٩٦٣.

(٣) د. علي البارودي – المرجع السابق –ص٣٩٣ فقرة ٢٧٤.

نفسها إلي الميناء لذلك ومنعاً من انتظار المستورد حتى تصل المستندات فأنه يقدم خطاب ضمان إلي شركة الملاحة بالميناء بقيمة الشحنة الواردة أو بدون تحديد قيمة. وبذلك تسلم شركة الملاحة المستورد الشحنة حتى ترد المستندات فإذا لم تصل كان لشركة الملاحة اقتضاء قيمة خطاب الضمان المساوية لقيمة البضاعة[١].

وقد تطلب خطابات الضمان من شركة الملاحة البحرية ذاتها كضمان لتغطية مخالفات ربان السفينة وبحاراتها وتصدر لمصلحة الموانى والمنائر كذلك قد يتطلب أحد القوانين تقديم تأميناً لكفالة بعض الحقوق، مثلما تطلب القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ الخاص بسوق رأس المال من الشركات العاملة في مجال الأوراق المالية تقديم تأمين كشرط لمنحها ترخيص بمزاولة النشاط حماية لحقوق المتعاملين مع هذه الشركات [٢].

وفي مجال التجارة الخارجية يقوم خطاب الضمان بدور هام في هذا المجال، لأنه في الغالب لا يعرف المشتري أو رب العمل صاحب المشروع أو الشركة، الشخص الأجنبي الذي يتقدم للتعامل، ولا يعرف بالتالي ملاءته وأمانته وجديته. لذلك عندما يطرح المشتري أو رب العمل أو صاحب المشروع مناقصة أو مزايدة ويرسو العطاء علي الشركة الأجنبية فإنها قد تتخلف عن إتمام العقد أو لا تنفذه بتمامه، أو تقوم بتنفيذه علي غير ما اتفق عليه أو بطريقة غير مطابقة للمواصفات، لذلك يطلب

---

(١) د. محي الدين إسماعيل علم الدين –المرجع السابق –ص ٧٨٣.

(٢) المادة ٢٩ من القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ الخاص بسوق رأس المال – والمادة ١٣٥،١٢٦ من لائحته التنفيذية.

صاحب المشروع خطاب الضمان من بنك ذو سمعة دولية محترمة، وهذا الضمان قد يكون ضمان الحصول علي التعاقد أو ضمان حسن التنفيذ، أو ضمان رد الدفعة المقدمة، أو ضمان اقتطاع جزء عند نهاية العقد.

في مثل ما تقدم من حالات وغيرها مما يعرض في العمل تتضح أهمية خطاب الضمان، حيث يعد البديل الذي يحل محل التأمين النقدي الذي كان يتعين في الأصل علي المدين أو الملتزم أن يقدمه كضمان لحقوق الغير. وفي مجال التجارة الخارجية حيث يحل خطاب الضمان محل التأمين النقدي الذي كان يتعين تحويله إلي الخارج حسب شروط العقد ضماناً لحقوق المتعاقد الأجنبي [١].

ويحقق خطاب الضمان مصلحة لأطرافه الثلاثة، فبالنسبة للعميل مصدر الآمر، تعود عليه فائدة لاشك إذ لا يلزم بتقديم مبلغ نقدي يجمد لدي الجهة التي يرغب في التعاقد معها أو منحه أجلاً، كما أن عمولة البنك مقابل إصدار خطاب الضمان تكون عادةً أقل من العائد الذي يتحمله العميل إذا ما أقترض هذا المبلغ لتقديمه كتأمين. فضلاُ عن أن اصدار خطاب الضمان بديلاً عن التأمين النقدي يوفر علي العميل مؤونة السعي إلي استرداد قيمة هذا التأمين إذ كثيراً ما تطول أو تتعقد إجراءات استردادها. كما أن عملية إصدار خطاب الضمان قد تتضمن تسهيلاً ائتمانياً يمنحه البنك لعميلة. فكثيراً ما يكتفي البنك بمطالبة عميلة بتقديم غطاء جزئي مقابل إصداره خطاب ضمان بحيث يبقي جزء من قيمة الخطاب مكشوفاً. بل قد يصدر البنك

(١) مصطفي مرعي –المرجع السابق- ص٤.

الخطاب علي المكشوف أي بدون غطاء والاكتفاء بثقته في العميل وسلامة مركزه المالي [1].

كما أن إصدار خطاب الضمان يفيد منه البنك الذي أصدره، لأنه يعود عليه بمبالغ لا بأس بها فهو يتقاضى عمولة من عميلة الآمر مقابل إصدار الخطاب. وتتناسب هذه العمولة مع قيمة الضمان وأجله ونوع العملية المطلوب تقديم خطاب الضمان عنها. كما أن خطابات الضمان لا تسدد قيمتها للمستفيد في أغلب الأحوال ولا تكلف البنك في إصدارها إلا نفقات إدارية بسيطة إذا ما قورنت بالعمليات المصرفية الأخرى. ويهدف البنك عادة من وراء إصدار خطابات الضمان لعملائه تحقيق هدف أكبر ألا وهو خدمة عملاؤه، فالبنك عندما يقوم بهذه الخدمة إنما يقوم بعمل متكامل لصالحه ولصالح العملاء. وتتضح أهمية خطابات الضمان بالنسبة للبنك إذا كان العميل أجنبياً، حيث تعود علي البنك عمولات بالعملة الأجنبية وزيادة رصيده من هذه العملات [2].

كما أن المستفيد من خطاب الضمان الذي صدر لصالحه –وهو صاحب المشروع- يحقق له فائدة أو على الأقل لا يضار منه لأن الخطاب يعتبر بمثابة نقود بين يديه، كما أنه يضمن به حسن تنفيذ المتعاقد معه لالتزاماته وفقاً لما تم الاتفاق عليه. كما أن خطاب الضمان يجنب المستفيد المشاكل التي قد تنتج عن إيداع التأمين النقدي وإعادة سحبه وما يصاحب ذلك من إجراءات قد تؤدي إلي الوقوع في أخطاء.

---

(1)د. صفوت ناجي بهنساوي- القانون التجاري، عمليات البنوك –دار النهضة العربية- ١٩٩٣- ص٢٣٠.

(2) د. سميحة القليوبى – المرجع السابق – ص ٧٣١.

المطلب الثالث

غطاء خطاب الضمان

لا تقوم البنوك عادةً بإصدار خطاب الضمان ما لم تحصل من العميل الآمر على ضمان أو تأمين يعرف في العمل المصرفي "بغطاء الضمان". حيث تتطلب البنوك من العميل تقديم ضمانات كافية لتغطية التعهدات التي يلتزم بها البنك بناء علي طلب العميل بإصدار خطاب ضمان.

فالبنك عندما يقوم بتحديد موقفه من إصدار خطاب الضمان ويتطلب غطاء لهذا الخطاب يقوم بدراسة مركز العميل من حيث قدرته علي الوفاء بالتزاماته ومن حيث سلوكه الخاص وماضيه في تنفيذ المشروعات وما إذا كان سبق تحرير بروتستو له أم لا [١].

وتبعاً لذلك يمكن القول أن غطاء خطاب الضمان هو الضمانات التي يطلبها البنك من العميل الآمر طالب إصدار خطاب الضمان، لكي يغطي بها موقفه فيما لو اضطر البنك إلي تنفيذ تعهده ودفع قيمة الخطاب إلي المستفيد[٢].

وغطاء خطاب الضمان قد يمثل قيمة الخطاب بالكامل إذا لم يكن العميل معروفاً لدي البنك، أو أن البنك لا يثق في مقدرته المالية أو القدرة

---

(١) د. محمود سمير الشرقاوي –المرجع السابق –ص ٥٦٨.

(٢) د. علي حمال الدين عوض –عمليات البنوك من الوجهة القانونية- المرجع السابق- ص ٦٠٩. أيضاً د. محي الدين إسماعيل علم الدين – موسوعة أعمال البنوك –المرجع السابق –ص ٨١٨.

على الوفاء بالتزاماته تجاه المستفيد، وقد تكون نسبة الغطاء أقل من ذلك حيث يكتفي البنك بمطالبة عميلة بتقديم غطاء جزئي مقابل إصداره خطاب الضمان بحيث يبقي جزء من قيمة الخطاب مكشوفاً، وقد يصدر البنك الخطاب على المكشوف أي بدون غطاء الضمان، حيث يكتفي البنك بثقته في العميل وسلامة مركزه المالي، أو إذا طلب الخطاب أحد البنوك الأجنبية من الدرجة الأولي (في الضمان المقابل) علي أساس المعاملة بالمثل [١].

وقد أشارت المادة ٣٥٦ من قانون التجارة رقم ١٧لسنة ١٩٩٩إلي غطاء خطاب الضمان حيث نصت علي أنه "يجوز للبنك أن يطلب تأميناً مقابل إصدار خطاب الضمان. ويكون هذا التأمين نقداً أو صكوكاً أو بضائع أو تنازلاً من الآمر عن حقه قبل المستفيد".

أنواع غطاء خطاب الضمان:-

مما سبق يمكن القول أن غطاء خطاب الضمان له صور متعددة. سوف نشير إليها فيما يلي:-

١- **الغطاء النقدي:-**

في هذه الصورة من غطاء خطاب الضمان يقوم العميل بتقديم مبلغ من المال المتفق عليه إلي البنك، أو يقوم البنك بالخصم علي حسابه الجاري لديه. فالغالب أن يكون للعميل حساب جار في البنك. حيث يقوم البنك وبموافقة العميل على تجنيب مبلغاً مساوياً لقيمة خطاب الضمان أو أقل حسب الاتفاق بين البنك والعميل، يفرج عنه عندما يتحرر البنك من

---

(١) د. سميحة القليوبي –المرجع السابق- ص ٧٣٣.

التزامه الناشئ من خطاب الضمان. ولكن يجب ملاحظة أنه لا يجوز للبنك إضافته من الجانب المدين من حساب العميل إلا من تاريخ دفع البنك مبلغ الضمان للمستفيد. وقد ذهب القضاء المصري إلى أنه [١] "وإن كان تعهد البنك بدفع قيمة خطابات الضمان للغير يعتبر تعهداً منجزاً وليس شرطياً وأن التزامه يوجد بمجرد إصدار خطابات الضمان إلا أن دين هذا الضمان لا يستحق للبنك في ذمة العميل إلا إذا طالبت الجهة الصادر إليها خطاب الضمان بقيمته، ومن تاريخ دفع البنك مبلغ الضمان لهذه الجهة، فلا يجوز للبنك إضافته في الجانب المدين من حساب العميل إلا في هذا التاريخ إذ قد لا تطلب الجهة الصادر إليها خطاب الضمان بقيمته إذا أوفي العميل بالتزاماته قبلها وفي هذه الحالة لا يكون هناك محل لإضافة قيمته علي حساب العميل المدين".

فالبنك في هذه الحالة يكتفي بالتأشير علي حساب العميل بالتحفظ علي المبلغ المطلوب غطاء للخطاب[٢]. وعلي ماسك الحساب في هذه الحالة أن يراعى ألا يقل رصيده الدائن عن المبلغ المطلوب كغطاء لخطاب الضمان. ومع ذلك فهذه الطريقة التي أيدها جانب من الفقه وبعض أحكام القضاء لا تخلو من مخاطر لأن الرصيد الدائن الذي يظهره الحساب كل يوم ليس نهائياً وإنما يغطي مركزاً تقريبياً للعميل، حيث يحتمل أن تكون لهذا العميل كمبيالات خصمها لدي البنك ثم ارتدت إلي البنك غير

---

(١) محكمة استئناف القاهرة –الدائرة التاسعة التجارية –جلسة ١٩٥٨/١١/٢٥رقم ١٠٨٢سنة ٧١ق.

(٢)د. محسن شفيق –الوسيط في القانون التجاري طبعة ١٩٦٣- فقرة ٤٧٢.

مدفوعة فأعاد خصمها على حسابه ويحتمل أن يكون للعميل اعتماد محلي مفتوح لدي بنك آخر أو لدي فرع آخر للبنك وتصرف الشيكات التي يسحبها بموجب هذا الاعتماد علي حسابه الجاري المؤشر عليه بالغطاء لدي البنك [١] . ومثل هذه الظروف تجعل احتمالات تعرض البنك لمخاطر فقد غطاء خطاب الضمان ليست قليلة. والأفضل تجنيب بعض مدفوعات الحساب وتخصيصها لغطاء مبلغ خطاب الضمان [٢]، ويودع في حساب يحمل اسم "احتياطي خطاب الضمان" [٣].

وقد أدي ذلك إلي تعديل جانب من الفقه لموقفه وتأييد تخصيص جزء من الحساب الجاري لغطاء خطاب الضمان وتجنيب هذا الجزء من الحساب الجاري [٤]، وقد ذهبت محكمة النقض إلي تأييد هذا الاتجاه [٥] حيث قالت "الغطاء النقدي المسدد كتأمين غير قابل للسحب مقابل إصدار خطابات الضمان. تعذر دخوله كفرد في الحساب الجاري ويوضع في حساب خاص مجمد. النعي علي الحكم بعدم بحث مبدأ تجزئة الحساب الجاري لا أساس له" وفي حيثيات هذه الحكم قالت "إذ كان الثابت من الأوراق أن المبلغ محل التداعي هو قيمة غطاء نقدي سددته المطعون ضدها للطاعن كتأمين غير قابل للسحب مقابل خطابات ضمان أصدرها

---

(١) د. محي الدين إسماعيل علم الدين –موسوعة أعمال البنوك- المرجع السابق- ص٨٢٠.

(٢) د. محسن شفيق –الموجز في القانون التجاري- ١٩٦٩/٦٨- المرجع السابق- ص٤٤٣ بند٥٤٩.

(٣) د. سميحة القليوبي –المرجع السابق- ص ٧٣٣، أيضاً د. صفوت ناجي بهنساوى- المرجع السابق- ص٢٣٥.

(٤) د. محسن شفيق –ذات المرجع السابق- وذات الموضع (بند ٥٤٩).

(٥) الطعن رقم ١٤٤٦ لسنة ٦٥ق جلسة ١٩٩٦/١١/٢٨.

بناء علي طلبها فيتعذر دخول هذا المبلغ كمفرد فيما قد يوجد بين الطرفين من حساب جاري ويوضع في حساب خاص مجمد ليس له صفة الحساب الجاري مما لا يكون معه الحكم المطعون فيه بحاجة إلي بحث ما تمسك به الطاعن من مبدأ عدم تجزئة الحساب الجاري وما يرتبه من إجراء المقاصة القانونية بين مفردات الحساب ويضحي النص علي غير أساس".

وقد يتخذ الغطاء النقدي صورة وضع العميل مبلغ الضمان وديعة طرف البنك مصدر الخطاب تدر عليه عائداً (١).

والغطاء النقدي لخطاب الضمان لا يسرى عليه حجز ما للمدين لدي الغير الذي يوقع على أموال العميل لدي البنك (٢).

٢ - الغطاء العيني: -

قد يكون غطاء خطاب الضمان المقدم من العميل إلي البنك أوراقاً مالية، حيث يقدر البنك هذه الأوراق حسب قيمتها التسويقية، وهذه القيمة تتوقف بدورها علي القيمة السوقية وتكون دائماً أقل من القيمة السوقية احتياطاً لتقلب الأسعار بالبورصة (٣)، ويحصل البنك علي توقيع العميل مقدماً على رهن هذه الأوراق المالية وبيعها دون الرجوع إليه في حالة تنفيذه تعهده الناشئ عن خطاب الضمان وذلك إذا لم يسدد العميل قيمة ما دفعه البنك وتخصص للأوراق المالية ملف خاص يعرف في البنوك باسم

---

(١)د. سميحة القليوبي – المرجع السابق –ص٧٣٣.

(٢)محمد طاهر العشري –خطاب الضمان- ١٩٧١/٧٠- معهد الدراسات المصرفية ص٥.

(٣)محي الدين إسماعيل علم الدين –موسوعة أعمال البنوك –المرجع السابق –ص ٨٢٠.

"إيداعات بضمان" ولا يفرج عنها إلا بعد انتهاء التزام البنك الخاص بخطاب الضمان [١].

وقد يقدم العميل شهادات استثمار كغطاء لخطاب الضمان، حيث يودعها في ملف باسمه لدي البنك، فإنه يمكن التأشير بتخصيصها كضمان للغطاء بشرط أن يوقع العميل على طلب باسترداد قيمتها، مع التصريح للبنك سلفاً بإجراء هذا الاسترداد -عند الاقتضاء – وإضافة ما يساوي قيمة الغطاء إلى حساب احتياطي خطابات الضمان [٢].

ويرى البعض [٣] أن التحفظ علي شهادات الاستثمار وتخصيصها، وكذلك تخصيص الوديعة بأجل دون إنهاء عقدها لا يعتبر غطاء لخطاب الضمان وإنما هو بمثابة تعهد يقدمه العميل لالتزامه بتغطية خطاب الضمان.

ويري البعض الأخر [٤] أنه يجب ملاحظة أن التحفظ علي الأوراق المالية للعميل أو تجميد مبلغ في حساب العميل، أو التأشير على الحساب بالتزامه في هذا الصدد، لا يرتب بذاته حقاً للبنك في اقتضاء دينه من حساب العميل، أو من ملف أوراقه المالية، في حالة توقيع حجز تحت يد البنك علي ما لدية من أموال العميل، بالأفضلية علي الحاجز. لذلك قد يستلزم داعي الحذر –الذي يدفع بعض البنوك إلي مطالبة بغطاء كامل- أن يطالب العميل بتعيين الأوراق المالية التي يرغب في تنحيها لهذا

---

(١)د. سميحة القليوبي –المرجع السابق –ص ٧٣٤.

(٢)محمد طاهر العشري –المرجع السابق –ص ٦.

(٣) مصطفي مرعى –المرجع السابق- ص ٢٢.

(٤) راغب حبشي –المرجع السابق-ص١١.

الغرض، لإيداعها ملف خاص باسم "احتياطي خطابات الضمان" –تماماً كما يعامل الغطاء النقدي– علي أن يقر العميل بتخصيصه تلك الأوراق، أي ارتهانها للبنك حيازياً للوفاء بالتزامه نحو البنك وبأن يخول البنك حق بيعها في أي وقت دون الرجوع إليه في حالة تسديده مبلغ الضمان أو جزء منه، ويرسل هذا الإقرار، زيادة في الحيطة لمكتب الشهر العقاري والتوثيق لإثبات تاريخه.

وقد يتم تغطية خطاب الضمان بأوراق تجارية، حيث يقدم العميل بعض ما لديه من كمبيالات وسندات إذنيه لصالحه تجاه آخرين ويظهرها لصالح البنك تظهيراً تأمينياً للضمان، ليتمكن البنك من تحصيلها لحسابه هو وقت استحقاقها، حيث نصت المادة ١/٣٩٩ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أنه "إذا اشتمل التظهير على عبارة "القيمة للضمان" أو "القيمة للرهن" أو أي بيان آخر يفيد الرهن جاز للحامل استعمال جميع الحقوق الناشئة عن الكمبيالة ومع ذلك إذا ظهرت الكمبيالة اعتبر التظهير حاصلاً على سبيل التوكيل". وقد ذهبت محكمة النقض في ذلك إلي [1] "اعتبار التظهير التأميني للورقة المرهونة في حكم التظهير الناقل للملكية بالنسبة للمدين الأصلي. أثره. للمظهر إليه مطالبته بقيمة الورقة".

وقد يتم تغطية خطاب الضمان ببضائع، حيث يضع العميل جزءاً من البضائع الموجودة بالمستودعات العامة كضمان عند استصدار خطاب

---

(١) الطعن رقم ٣١١٢ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٩٥/١٠/٣٠، والطعن رقم ١٧٠٥لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩٣/١١/١، والطعن رقم ١٤٣٨لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٩٣/٢/٨، والطعن رقم ٦٢٠لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٩٣/٩/١٣، ونقض جلسة ١٩٧٨/٦/١٩ س٢٩ص١٤٩٠ العدد الأول.

الضمان، ويتم ذلك من خلال تظهير لصك الرهن لصالح البنك مصدر الخطاب، حيث تنص المادة ١/١٤٠ من قانون التجارة على أنه "لحامل صك الرهن دون إيصال الإيداع حق رهن على البضاعة المودعة" وأضافت الفقرة الثانية من ذات المادة أنه "ولحامل إيصال الإيداع دون صك الرهن حق سحب البضاعة المودعة بشرط أن يدفع الدين المضمون بالرهن إذا كان مستحق الأداء فإذا لم يكن الدين مستحق الأداء، جاز له سحب البضاعة قبل حلول ميعاد استحقاق الدين إذا أودع المستودع مبلغاً كافياً لتغطية الدين وعوائده حتى حلول الأجل. ويسري هذا الحكم إذا استحق الدين ولم يتقدم حامل صك الرهن لقبضه".

٣ - تغطية خطاب الضمان عن طريق تنازل العميل للبنك عن حقوقه لدي المستفيد: -

قد يتخذ الغطاء النقدي أحياناً صورة تنازل العميل عن حقوقه الناشئة عن العملية قبل المستفيد لصالح البنك، حيث يقوم هذا الأخير بتحصيلها والاحتفاظ بها كغطاء لخطاب الضمان، ويقع هذا الاتفاق متي كان إصدار خطاب الضمان مصحوباً باعتماد يفتحه البنك لعميلة لتحويل النفقات اللازمة لتنفيذ المشروع، إذ يستخدم البنك المبالغ التي يقبضها من صاحب المشروع لاسترداد مبلغ الاعتماد ولتكون غطاء لخطاب الضمان في ذات الوقت.

وفي هذه الحالة يجدر بالبنك ألا يقوم بتمويل العملية وإصدار خطاب الضمان بضمان التنازل في نفس الوقت، لأنه إذا أخل العميل بالتزامه قبل المستفيد. فقد لا يستطيع البنك استرداد الأموال التي قدمها

للعميل وللمستفيد، إذ يضطر إلي دفع قيمة الخطاب إلي المستفيد ولا يستطيع أن يطالبه بحقوق العميل المتنازل له عنها بعد أن رفض البضائع غير المطابقة لشروط المناقصة مثلاً، وسقط عنه الالتزام بأداء قيمتها [١].

مقدار غطاء خطاب الضمان: -

يتوقف مقدار الغطاء الذي يطلبه البنك على مدي ثقته في العميل، فإذا كان المركز المالي للعميل مهتز وغير مستقر ولم يكن له حساب جار أو معاملات تجعله معروفاً لدي البنوك فإن البنك يطلب تغطية الخطاب بنسبة١٠٠%، أما إذا كان العميل معروفاً لدي البنوك وله حسابات جارية لديها أو تعاملات سابقة ثبت منها أنه من الملتزمين، ويتمتع بسمعة طيبة فإن البنك يتقاضى في العادة غطاء مبلغ ١٠% من قيمة خطاب الضمان إذا كان ابتدائياً و٢٥% إلى ٣٠% من قيمته إذا كان نهائياً. وقد يصدر خطاب الضمان علي المكشوف بدون أي غطاء إذا كان يثق في العميل [٢].

ويجب ملاحظة أن مقدار غطاء خطاب الضمان لا يتوقف فحسب على ثقة البنك في العميل وإنما يجب على البنك القيام بدراسة مركز العميل المالي ودرجة يساره والتزاماته المالية وإمكانية الوفاء بتعهداته، وعلى البنك القيام بعمل التحريات اللازمة لبيان ذلك.

---

(١)أحمد طه علي –السلفيات بضمان تنازلات عن عقود- طبع معهد الدراسات المصرفية عام ١٩٦٢ص ٢٣.

(٢)د. محي الدين إسماعيل علم الدين –موسوعة أعمال البنوك –المرجع السابق –ص٨٢٢.

المبحث الثاني

التزام البنك المستقل والنهائي في خطاب الضمان

تمهيد وتقسيم: -

عندما يصدر البنك خطاب الضمان اصبح ملتزماً قبل المستفيد بأداء المبلغ المذكور في خطاب الضمان عند أول طلب خلال المدة المحددة. والتزام البنك قبل المستفيد يعتبر التزاماً مستقلاً وباتاً.

فهو مستقل في العلاقة بين البنك والمستفيد، عن العلاقة بين البنك والعميل، وعن العلاقة بين العميل والمستفيد، ولذلك لا يجوز للبنك أن يتمسك في مواجهة المستفيد بالدفوع التي له قبل العميل، أو بالدفوع التي للعميل قبل المستفيد.

وهو التزام بات ونهائي، لأنه لا يجوز للبنك – متى وصل الخطاب إلى علم المستفيد ولم يرفضه- الرجوع فيه أو الامتناع عن دفع قيمته مهما كانت الأسباب ودون الاعتداد بأية معارضة. إذ يجب أن يهمل البنك مثل هذه المعارضة ويقوم بالدفع بالرغم من وقوعها.

فالسمة الأساسية لخطاب الضمان هو التزام البنك المستقل والمجرد في مواجهة المستفيد.

لذلك نقسم هذا المبحث إلى مطلبين. نخصص المطلب الأول لبيان استقلال التزام البنك في خطاب الضمان. ونخصص المطلب الثاني لبيان التزام البنك البات والنهائي في خطاب الضمان.

المطلب الأول

استقلال التزام البنك فى خطاب الضمان

تقسيم: -

لبيان استقلال التزام البنك في خطاب الضمان، يتعين علينا بيان هذا الاستقلال وفقاً لقانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ والقواعد الموحدة السائدة في المعاملات الدولية وأحكام القضاء، ثم نبين النتائج المترتبة على هذا الاستقلال، ثم نوضح أثر الغش على استقلال التزام البنك.

لذلك نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع هي كما يلي: -

الفرع الأول: - استقلال التزام البنك وفقاً لقانون التجارة والقواعد الموحدة والقضاء.

الفرع الثاني: - النتائج المترتبة على استقلال التزام البنك.

الفرع الثالث: - أثر الغش على استقلال التزام البنك.

الفرع الأول

استقلال التزام البنك وفقاً لقانون التجارة والقواعد الموحدة والقضاء

أولاً:- استقلال التزام البنك وفقاً لقانون التجارة:

يقصد باستقلال التزام البنك في مواجهة المستفيد أن يكون التزام البنك مجرداً عما قد يكون في علاقة العميل بالمستفيد من دفوع، وعما قد يكون في علاقة البنك بالعميل من دفوع.

وقد عبر المشرع المصري في المادة ١/٣٥٥ من قانون التجارة عن استقلال التزام البنك بعبارة "ودون اعتداد بأية معارضة". حيث يعبر البنك في خطاب الضمان عن تعهده بالدفع لدى الطلب بالرغم من معارضة العميل الآمر أو أياً كان مصير التزام العميل، لأن التزام البنك يختلف في محله عن التزام العميل الآمر، فالاستقلال والتجريد يبدو في النص القائل بالتزام البنك بالدفع عند المطالبة من المستفيد ورغم معارضة العميل.

استقلال التزام البنك قبل المستفيد يعني أن التزام البنك ليس تابعاً لالتزام العميل في وجوده وصحته ولا يستطيع البنك الاحتجاج ببطلان علاقة العميل والمستفيد أو فسخها أو بطلان علاقة البنك والعميل أو فسخها لكي يتحلل من التزامه بالوفاء[١]. حيث لا يجوز للبنك أن يتمسك في مواجهة المستفيد بالدفوع التي له قبل العميل، أو بالدفوع التي للعميل

---

(١) د. محمد فريد العريني- د. هاني دويدار- مبادئ القانون التجاري والبحري- دار الجامعة الجديدة للنشر- ٢٠٠٠- ص٤١٢.

قبل المستفيد[1]. وقد أكدت ذلك نص المادة ٣٥٨ من قانون التجارة حيث نصت على أنه "لا يجوز للبنك أن يمتنع عن الوفاء للمستفيد لسبب يرجع إلى علاقة البنك بالآمر أو إلى علاقة الآمر بالمستفيد".

ثانياً :- استقلال التزام البنك وفقاً للقواعد الموحدة السائدة في المعاملات الدولية:-

عبرت كافة القواعد الموحدة السائدة في المعاملات الدولية علي استقلال التزام البنك قبل المستفيد وأكدت هذا الالتزام.

١- فقد نصت المادة ٤ من القواعد الموحدة لخطاب الضمان والـــ Bonds الصادرة في ١٩٨٦/٥/٢٣ على أن "تعتبر خطابات الضمان بطبيعتها تعهدات غير قابلة للرجوع فيها (نهائية) ومنفصلة عن العقد أو العقود التي ترتكز عليها ولا تعتد البنوك بأي طريق بهذا العقد أو العقود أو تلتزم بها بغض النظر عن أي إشارة كانت مدرجة في هذه الخطابات إلي هذا العقد أو العقود".

فهذا النص يوضح أن تعهد البنك في خطاب الضمان قبل المستفيد غير قابل للرجوع فيه ومنفصل عن عقد اعتماد الضمان المبرم بين البنك والعميل، وعن العقد المبرم بين العميل والمستفيد، فالبنك بتعهده في خطاب الضمان يكون ملتزماً بشكل مستقل ودون الاعتداد بأي دفع يتعلق بهذه العقود، كما أن التزام البنك يكون مستقلاً حتى لو أشار خطاب الضمان إلى هذه العقود.

---

(١) د. محسن شفيق - المرجع السابق - ص٤٤٣.

٢- كما أشارت القواعد الموحدة لضمانات العقود الصادرة بالكتيب رقم ٣٢٥ إلى مسئولية الضامن تجاه المستفيد وأكدت استقلال التزام الضامن تجاه المستفيد، بعيداً عن أي دفوع مستمدة من علاقة البنك بالعميل، أو علاقة العميل بالمستفيد لأن التزام البنك يتحدد فقط طبقاً لنصوص وشروط خطاب الضمان ، ودون ارتباط بأي عقود أخرى. فقد نصت المادة ١/٣ من هذه القواعد على أن "الضامن مسئول تجاه المستفيد طبقاً للنصوص والشروط المنصوص عليها في الضمان وفي هذه القواعد وفي حدود مبلغ لا يجاوز ما هو مذكور في الضمان". وأضافت الفقرة الثالثة من هذه المادة أن " للضامن أن يعتمد فقط على تلك الدفوع المبنية على النصوص والشروط المذكورة في الضمان أو المسموح بها طبقاً لهذه القواعد".

يتضح من ذلك أن استقلال التزام البنك قبل المستفيد يتأكد عادة بعبارة البنك الضامن في خطاب الضمان [١] وطبقاً للنصوص والشروط الموجودة في الخطاب ذاته، فالنص على الدفع عند أول طلب من المستفيد وبدون إعارة معارضة العميل التفاتاً، قد اصبح من خصائص خطاب الضمان، حتى أنه إذا لم يتضمن هذا النص لم يكن خطاب تعهد بمعنى الكلمة، وإنما يكون سنداً مدنياً عادياً، ينقصه عنصر الاستقلال والتجريد الذي يميز خطابات التعهد[٢].

فالنص في خطاب الضمان على تعهد البنك بالدفع فوراً بالرغم من معارضة العميل الآمر وأياً كان مصير التزام العميل، هذا النص يقطع

---

(١)د. علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية- المرجع السابق- ص٨٠.

(٢)د. محي الدين اسماعيل علم الدين- موسوعة أعمال البنوك- المرجع السابق- ص٩٦٥.

الصلة بين التزام كل من البنك والعميل ويجعل التزام البنك منفصلاً عن التزام العميل، فلا تقوم بينهما التبعية المميزة لالتزام الكفيل في الكفالة العادية [1].

وقد ذهب القضاء الفرنسي [2]، إلي أن التعهد الناتج من خطاب الضمان يتضح من عبارات الخطاب ومصطلحاته، حيث أنه تعهداً شكلياً ناتجاً من عباراته كما قررت محكمة النقض الفرنسية [3] ، أن الضامن يجب عليه أن يكون دقيقاً في الضمان المستقل ووفقاً للشروط المتفق عليها، فيجب أن يبتعد الضمان عن الغموض الذي يؤدي إلي التنازع.

٣- والقواعد الموحدة التي أصدرتها غرف التجارة الدولية بباريس لخطابات الضمان التي تدفع عند الطلب والصادرة بالكتيب رقم ٤٥٨ لسنة ١٩٩٢ أكدت هذه القواعد في المادة ٢/ب على مبدأ استقلال التزام البنك قبل المستفيد حيث نصت على أن "الضمانات بطبيعتها عمليات منفصلة عن العقد أو العقود أو شروط المناقصات التي تكون هي أساساً لها والضامنون ليست لهم بأي شكل شأن أو يلتزمون بهذا العقد أو العقود أو شروط المناقصات بالرغم من وجود إشارة إليها في الضمان ويلزم الضامن في نطاق أي ضمان أن يدفع المبلغ أو المبالغ المنصوص عليها

---

(١)د. راغب حبشي –المرجع السابق- ص٩، أيضاً محمد علي البربري –المرجع السابق- صفحة ٢١.

(٢)باريس ٢٤ أكتوبر ١٩٨٩ –الفقه ١٩٩٠- ٢ – ٢١٤٤ مع تعليق فالتس.

(٣)نقد تجاري ٢٤ يناير ١٩٨٩ –دالوز سيري- ١٩٨٩ – ١٥٩ مع تعليق فاسير – مجلة الفقه ١٩٩٠- ٢- ٢١٤٢٥ مع تعليق PRUM , MATTOUT، أيضاً المجلة الفصلية ١٩٩٠- ٧٩، أيضاً باريس ٩ يناير ١٩٩١ – بنك ١٩٩١ – ١٥٢.

في الضمان مقابل تقديم طلب كتابي بالدفع وأي مستندات أخرى محددة في الضمان والتي تبدو في ظاهرها عند النظرة الأولى مطابقة لنصوص الضمان".

يتضح من ذلك أن خطاب الضمان عملية مستقلة ومنفصلة عن عقد البيع أو التوريد أو المقاولة أو شروط المناقصات التي تكون هي أساساً لها، فالضامن يلتزم بشكل مستقل تجاه المستفيد ومن نصوص وعبارات التعهد في خطاب الضمان فليس له شأن بهذه العقود أو شروط المناقصات حتى لو تم الإشارة إليها في خطاب الضمان، لأن البنك عندما يصدر خطاب الضمان لصالح المستفيد، لا يضمن به حسن تنفيذ العميل لالتزامه أمام المستفيد، فهو لا يراقب هذا التنفيذ، وهو لا يتعهد أن يقوم بدلاً من العميل المدين تنفيذ التزام هذا الأخير، ولا بسداد ما يكون عليه من دين، وإلا كان تدخل البنك مجرد كفالة منه للمدين طبقاً لأحكام الكفالة المدنية، فخطاب الضمان تعهد مجرد عن ظروف التزام العميل أمام المستفيد[1].

فالبنك يلتزم بدفع المبلغ المحدد في الخطاب المنصوص عليه في الضمان بمجرد تقديم طلب كتابي بالدفع أياً كان مقدار مديونية العميل ولو كان هذا المقدار أكبر أو أقل من دين العميل للمستفيد. كما أن تعهد البنك بالدفع لا يعتبر تعويضاً للمستفيد عن عدم تنفيذ العميل لالتزامه أو إساءة هذا التنفيذ أو التأخير فيه أو التنفيذ المخالف للمواصفات.

---

(1) د. علي جمال الدين عوض- خطابات الضمان المصرفية- المرجع السابق- ص٧٩.

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن [1] " خطاب الضمان وان صدر تنفيذاً للعقد المبرم بين البنك والمدين المتعامل معه إلا أن علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر الضمان لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقته بعميلة، إذ يلتزم البنك بمقتضى خطاب الضمان وبمجرد إصدارة ووصوله إلى المستفيد بوفاء المبلغ الذي يطالبه به هذا الأخير باعتباره حقاً له يحكمه خطاب الضمان ما دام هو في حدود التزام البنك المبين به، ويكون على المدين (عميل البنك) أن يبدأ هو بالشكوى إلى القضاء إذا قدر أنه غير مدين للمستفيد أو أن مديونيته لا تبرر ما حصل عليه المستفيد".

وفي الضمانات المقابلة أشارت أيضاً إلي استقلال التزام البنك المادة ٢/جـــ من ذات القواعد الموحدة التي أصدرتها غرفة التجارة الدولية بباريس بالكتيب رقم ٤٥٨ لسنة ١٩٩٢ حيث نصت على أن "... والضمانات المقابلة بطبيعتها عمليات منفصلة عن الضمانات التي تتصل بها وعن العقود المتعلقة بها وكذلك عن شروط المناقصات، والأطراف المصدرة للتعليمات (الضمان المقابل) ليست لها شأن بأي طريقة أو التزام بهذه الضمانات أو العقود أو شروط المناقصات بالرغم من وجود إشارة إليها في الضمان المقابل".

يتضح من ذلك أن الضمان المقابل مستقل عن الضمان الأول وعن العلاقة الأصلية بين العميل والمستفيد حتى لو تم الإشارة في خطاب

---

(1) نقض ٢٧ مايو ١٩٦٩- مجموعة أحكام النقض- عدد ٢٠ ص٨١١ أيضاً الطعن الصادر في ٣٠ ديسمبر ١٩٨٥- مجموعة الخمس سنوات ٨٠-١٩٨١ ص٦٧ أيضاً الطعن رقم ١٠١٣ لسنة ٥٠ في ٣٠ ديسمبر ١٩٨٠، والطعن رقم ٢٠٨٤ لسنة ٥٨ ق ٢٩ مايو ١٩٨٩، والطعن رقم ٢٣٩٥ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٣/١/٤.

الضمان إلى هذا الضمان المقابل أو عقد البيع أو التوريد أو المقاولة أو غير ذلك الذي يربط العميل بالمستفيد، وعن عقد اعتماد الضمان الذي يربط العميل بالبنك الأول، وعن عقد اعتماد الضمان بين البنك الأجنبي والبنك الذي أصدر خطاب الضمان.

وقد أقرت محكمة النقض الفرنسية [1] بأن الضمان المقابل هو التزام مستقل عن الضمان الأول وعن العلاقة الناتجة عن العقد الأصلي بين المستفيد والعميل.

وقد أكدت القواعد الموحدة رقم ٤٥٨ لسنة ١٩٩٢ على مبدأ الاستقلال في المادة ١٦ حيث نصت على أنه "لا يسأل الضامن أمام المستفيد إلا بالمطابقة للنصوص المحددة بالضمان وأي تعديل أو تعديلات عليه وبهذه القواعد وفي حدود مبلغ لا يجاوز المبلغ المذكور في الضمان وأي تعديل أو تعديلات عليه".

والجدير بالذكر أن أي تعديل يتم لخطاب الضمان بعد وصوله إلى المستفيد وعلمه به لا يتم إلا بموافقة الأطراف.

٤- أما فيما يتعلق بقواعد الآونسترال الصادرة عام ١٩٩٥ من لجنة التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة والمتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات

---

(1)نقض تجاري ١٣ ديسمبر ١٩٩٣- دالوز سيري ١٩٩٤- ٤٢٠ مع تعليق فاسير، وأيضاً نقض تجاري ٢٧ نوفمبر ١٩٨٤، وأيضاً ١٢ ديسمبر١٩٨٤، و ٥ فبراير ١٩٨٥- دالوز سيري ١٩٨٥- ٢٦٩ مع تعليق فاسير، الفقه١٩٨٥-٢-٢٠٤٣٦، أيضاً نقض ٦فبراير ١٩٩٠- دالوز سيري- ١٩٩٠-٢١٣ ، أيضاً باريس ٢٨ يونية ١٩٨٩- بنك ١٩٩٠-٤٨ أيضاً نقض تجاري في ٢٩ مارس ١٩٩٤- الفقه ١٩٩٤-١-٣٧٨-٢٢، ونقض ٨ فبراير ١٩٩٤- الفقه- ١٩٩٦-١-٤٦٥ رقم ٢٠.

الاعتماد الضامنة فقد أكدت على أن التعهد يمثل التزاماً مستقلاً حيث نصت المادة ١/٢ على أنه "لأغراض هذه الاتفاقية يمثل التعهد التزاماً مستقلاً، يعرف في الممارسات الدولية بأنه كفالة مستقلة أو خطاب اعتماد ضامن...". ثم وضحت المادة ٣ استقلال التعهد حيث نصت على أنه "لأغراض هذه الاتفاقية، يكون التعهد مستقلاً عندما لا يكون التزام الكفيل/المصدر تجاه المستفيد: أ- مرهوناً بوجود معاملة أصلية أو صلاحية، أو بأي تعهد آخر (بما في ذلك خطابات الاعتماد الضامنة أو الكفالات المستقلة التي يتعلق بها أي تثبت للتعهد أو أي كفالة مقابلة)، أو ب- خاضعاً لأي شرط أو حكم غير وارد في نص التعهد أو لأي فعل أو واقعة مستقبلية غير مؤكدة الوقوع عدا تقديم المستندات، أو أي فعل أو واقعة أخرى من هذا القبيل تدخل في نطاق عمليات الكفيل/ المصدر".

يتضح من ذلك أن التزام الكفيل/ المصدر (الضامن) لا يكون مرهوناً بالمعاملة الأصلية بين العميل الآمر والمستفيد أو بين الضامن (البنك) وبين العميل، ولا يرتبط بصلاحية هذه العقود أو بطلانها أو فسخها. وبالتالي لا يجوز للبنك (المصدر) تعطيل الدفع إلى المستفيد عند مطالبته مستخدماً في ذلك دفوع تتعلق بعلاقته بالعميل، سواء كانت هذه الدفوع مبنية على عدم مشروعية سبب هذه العلاقة أو على وجود عيب شاب إرادته من غلط أو تدليس أو إكراه أو على عدم وجود غطاء لخطاب التعهد أو أموال للعميل لديه تمكنه من دفع قيمة خطاب الضمان ، أو لعدم تنفيذ العميل تعهده للبنك بتقديم ضمان معين. وكل ذلك استناداً على نص

الخطاب في أن يتعهد البنك بالدفع عند أول مطالبة من المستفيد طبقاً للشروط والأحكام المبينة في التعهد.

وقد أشارت إلى ذلك المادة ١/١٢ من قواعد الاونسترال حيث نصت على أن "تحدد حقوق والتزامات الكفيل/ المصدر والمستفيد الناشئة عن التعهد بمقتضى الأحكام والشروط المبينة في التعهد، بما في ذلك قواعد أو شروط عامة أو أعراف مشار إليها بالتحديد فيه، وكذلك بمقتضى أحكام هذه الاتفاقية".

وكما هو واضح من نص المادة ٣/أ يستقل الضمان المقابل عن الضمان الأول وعن العلاقة الأصلية بين العميل والمستفيد.

يتضح من أحكام قواعد الاونسترال أن التزام الكفيل/ المصدر (الضامن) لا يكون تابعاً لالتزام العميل الآمر من حيث صحته وبطلانه. لأن البنك يلتزم دائماً بالخطاب أيا كان مركز المضمون (العميل الآمر). وأياً كان مصير العقد بين البنك وبين عميله، ومصير العلاقة بين العميل والمستفيد من الخطاب[١].

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية [٢] بأن الضامن يلتزم بتعهد مستقل عن العقد الأصلي بحيث لا يجب أن يعارض دفع قيمة الخطاب للمستفيد بأحد الدفوع المستمدة من العقد الأصلي.

---

(١)د. علي جمال الدين عوض- خطابات الضمان المصرفية- المرجع السابق- ص٨٠.

(٢)نقض تجاري ٢٠ ديسمبر ١٩٨٢- دالوزسيري ١٩٨٣- ٣١٥ مع تعليق فاسير. ونقض تجاري ٢١ مايو ١٩٨٥- بنك ١٩٨٦-٨٧ مع تعليق ريف لانج.

ثالثاً: استقلال التزام البنك وفقاً لأحكام القضاء:-

قضت محكمة النقض المصرية بأن [1] "علاقة البنك بالمستفيد منفصلة عن علاقته بالعميل. مؤدى ذلك. إلزامه بسداد المبلغ الذي يطلبه المستفيد فوراً ما دام في حدود التزام البنك".

كما قضت [2] بأن "علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل إذ يلتزم البنك بمقتضى خطاب الضمان وبمجرد إصداره ووصوله إلى المستفيد وفاء المبلغ الذي يطالب به هذا الأخير باعتباره حقاً له، يحكمه خطاب الضمان، ما دام هو في حدود التزام البنك المبين به، كما أن البنك مصدر الخطاب، لا يعتبر وكيلا عن العميل في الوفاء للمستفيد بقيمة خطاب الضمان، ذلك أن التزام البنك في هذا لحسابه التزام أصيل، ويترتب على ذلك أن ما يقوم بدفعه للبنك لتغطية خطاب الضمان إنما هو تنفيذ وتأمين للعلاقة القائمة بينه وبين العميل والبنك وحدهما ولا صلة للمستفيد بها، كما أن البنك الذي يقوم بتثبيت اعتماد مصرفي بين عميلة والمستفيد منه، لا يصح وصفه بأنه ضامن أو كفيل يتبع التزامه التزام المدين المكفول بل يعتبر في هذه الحالة التزاماً مستقلاً عن العقد القائم بين المتعاملين".

وفي ذات الحكم عبرت محكمة النقض المصرية عن استقلال الضمان المقابل بقولها "... لما كان ذلك وكان من المقرر في حالة

---

(1) الطعن رقم ٢٣٩٥ لسنة ٦١ق – جلسة ١٩٩٣/١/٤.

(2) الطعن رقم ٧٣٠٤ لسنة ٦٣ق جلسة ١٩٩٤/٦/٢٧.والطعن رقم ٦٤٨ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨١/٣/٣٠.

اختلاف بلد الآمر عن بلد المستفيد أن يكلف البنك التابع للآمر أحد فروعه في بلد المستفيد أو بنكاً آخر في بلد المستفيد على أن يقوم بإصدار خطاب الضمان إلى المستفيد بالشروط التي يمليها عليه، ويكون التزام البنك مصدر الخطاب عندئذ للمستفيد مستقلاً تماماً عن العلاقة بين الآمر والمستفيد وبين البنك التابع للآمر ولا ارتباط بينهما بحيث يكون للمستفيد بمقتضى هذه العلاقة بينه وبين البنك مصدر خطاب الضمان الرجوع على الأخير بقيمة خطاب الضمان متى تحققت الشروط الواردة في الخطاب سالف الذكر مما ينتفي معه كون البنك مصدر الخطاب وكيلاً عن بنك الآمر أو كفيلاً له....".

وعبرت محكمة النقض عن استقلال التزام البنك قبل المستفيد في حكم آخر بقولها أنه [1] "لما كان الأصل في خطاب الضمان ألا يتوقف الوفاء به على واقعة خارجية ولا على تحقق شرط ولا حلول اجل ولا يغير من ذلك أن يرتبط تنفيذه بواقعة ترجع إلى المستفيد من الخطاب وكان المفروض في قضاء هذه المحكمة أن خطاب الضمان وإن صدر تنفيذاً للعقد المبرم بين البنك وعميلة إلا أن علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل يحكمها خطاب الضمان وحدة وعباراته هي التي تحدد التزام البنك والشروط التي يدفع بمقتضاها حتى إذا ما طولب بالوفاء في أثناء سريان أجل الضمان وتحققت الشروط وقدمت إليه المستندات المحددة في خطاب

(1) الطعن رقم ٢٠٨٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ٢٩ مايو ١٩٨٩ والطعن رقم ١٠١٣ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٥/١٢/٣٠م.

الضمان وجب عليه الدفع فوراً بحيث لا يلتزم إلا في حدود تلك الشروط أو يعتد بغير هذه المستندات، ولا يكون دفع البنك إلى المستفيد صحيحاً كما لا يكون له أن يرجع بما دفعه على عميلة إلا إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لخطاب ضمان صدر صحيحاً ومطابقاً لتعليمات العميل وإلا تحمل البنك مسئولية الوفاء فإذا لم تحقق الشروط أو لم تقدم المستندات المحددة في الخطاب انتهى ضمان البنك وكان لعميلة أن يسترد منه غطاء خطاب الضمان في اليوم التالي لانتهاء الضمان".

يتضح من ذلك أنه لكي يتقرر مبدأ استقلال التزام البنك قبل المستفيد، لابد أن يكون لخطاب الضمان الكفاية الذاتية، أي يكفي بذاته بحيث يؤدي وظيفته دون توقف على عنصر آخر خارجي يضاف إليه مثل واقعة خارجة عنه أو شرط أو أجل، خلاف ما يرجع إلى المستفيد نفسه[١].

أي أن مضمون التزام البنك لا يتوقف على عنصر خارج الخطاب لا في مقداره أو استحقاته. فيكون البنك ملتزماً بالوفاء بالمبلغ الثابت في خطاب الضمان ووفقاً للشروط التي يتضمنها دون أن يستطيع أن يواجه المستفيد بأي اتفاق بينه وبين العميل يكون سابقاً أو لاحقاً على إرسال الخطاب إلى المستفيد[٢].

فمن مظاهر استقلال خطاب الضمان، أن تتوافر له الكفاية الذاتية كما هو الشأن للورقة التجارية، بحيث يكون كافياً بذاته لبيان مضمون

---

(١) د. علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية- المرجع السابق- ص٨٢.

(٢) د. محمد فريد العريني و د. هاني دويدار - المرجع السابق- ص٤١٤.

الحق الثابت فيه، فلا يحتاج البنك إلى الرجوع للعقد الأصلي المبرم بين العميل والمستفيد. فالتزام البنك ليس تابعاً لالتزام العميل، وإنما هو التزام قائم بذاته يوجب على البنك الأداء، ولو ابطل العقد المبرم بين العميل والمستفيد أو فسخ. وشأن العميل بعد ذلك والمستفيد، يقاضيه لاسترداد ما قبضه من البنك دون وجه حق. فأي ربط بين استغلال البنك قبل المستفيد والعلاقة بين العميل والمستفيد يقوض خطاب البنك من أساسه[1].

وقد قضت محكمة النقض أيضاً أن [2] "علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل، إذ يلتزم البنك بمقتضى خطاب الضمان وبمجرد إصداره ووصوله إلى المستفيد وفاء المبلغ الذي يطالب به هذا الأخير باعتبارها حقاً له يحكمه خطاب الضمان، ما دام هو في حدود التزام البنك المبين به. ويكون على المدين عميل البنك أن يبدأ هو بالشكوى إلى القضاء إذا قدر انه غير مدين للمستفيد أو أن مديونيته لا تبرر ما حصل عليه المستفيد من البنك".

كما قضت بأن[3] " خطاب الضمان تكون علاقة البنك بالمستفيد منفصلة عن علاقته بالعميل ومؤدى ذلك إلزامه بسداد المبلغ الذي يطلبه المستفيد فوراً ما دام في حدود التزام البنك ولا يسقط هذا الالتزام إذا كانت المطالبة بالوفاء أو مد أجل الضمان قد تمت أثناء مدة سريان الخطاب وسداد البنك بناءً على هذه المطالبة يعتبر وفاءً صحيحاً يرتب له حق

---

(1) د. محسن شفيق - المرجع السابق - ص٤٤٤.

(2) الطعن رقم ١١٨٩ لسنة٤٩ ق جلسة ١٩٨٤/٢/١٣.

(3) نقض مدني ١٩٦٩/٥/٢٧ - الموسوعة الذهبية لأحكام النقض في خمسين عاماً - جـ٨،ص٢٢٧.

الرجوع على عميله بالمبلغ المدفوع حتى ولو تم هذا السداد بعد انتهاء مدة سريان الخطاب".

وقضت أيضاً في شأن استقلال التزام البنك قبل المستفيد بأن [١] "البنك بخطاب الضمان إنما يلتزم بصفته أصيلاً قبل المستفيد لا بوصف كونه نائباً عن عميلة، وليس للعميل أن يتحدى بوجوب أعذاره قبل صرف المبلغ المبين في خطاب الضمان".

ووفقاً لأحكام القضاء الفرنسي، قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه يجب الاعتراف بوجود هذا الضمان المستقل إذا كان تعهد البنك بالدفع باتاً لا يتوقف على شرط وإنما حالاً ومباشرةً عند أول طلب[٢]. وبالأخص بدون استطاعة البنك معارضة الدفع للمستفيد، وأياً كان الدفع المستند إلى العقد الأصلي[٣].

وذهبت أيضاً إلى أن [٤] المهم هو أن البنك يتعهد بدفع مبلغ نقدي فوري وبشكل مستقل وبات وبدون الالتفات إلى العقد الأصلي.

ويشترط القضاء الفرنسي أن يكون ضمان البنك المستقل صريحاً وواضحاً[١].

---

(١) نقض ١٤ مايو ١٩٦٤ مجوعة النقض عدد ١٥ ص ٦٩١.

(٢) نقض تجاري ٨ ديسمبر ١٩٨٧- نشرة محكمة النقض ٤ رقم ٢٦١- مجلة قانون البنوك ١٩٨٨-٢٦، أيضاً دالوز سيرى ١٩٨٨ الملخص ٢٤٠ مع تعليق فاسير، المجلة الفصلية ١٩٨٨-٤٧٩.

(٣) نقض تجاري ٢ فبراير ١٩٨٨- دالوز سيري ١٩٨٨ الملخص ٢٣٩ مع تعليق فاسير.

(٤) نقض تجاري ٣ نوفمبر ١٩٩٢- مجلة الفقه ١٩٩٣-٢-٢٢٠٨٢ طبعة E-٤٥٤ مع تعليق JACOB أيضاً دالوز ١٩٩٥-٢٠٩ مع تعليق AYNES

ويؤكد القضاء الفرنسي على مبدأ استقلال التزام البنك قبل المستفيد حيث قرر أن الضامن لا يمكنه معارضة الدفع للمستفيد عند الطلب استناداً إلى بطلان العقد الأصلي [٢]، ولا استناداً إلى فسخه، ولا استناداً إلى إلغاؤه [٣]، ولا استناداً إلى قيام العميل بتنفيذ التزاماته كاملاً [٤]، ولا استناداً إلى مماطلة العميل في تنفيذ التزاماته أو التأخير في التنفيذ[٥].

يتضح من ذلك أن القضاء الفرنسي يقر بأنه لا يجوز للبنك تعطيل الدفع إلي المستفيد عند مطالبته استناداً إلي بطلان العقد الأصلي المبرم بين العميل والمستفيد ولا استناداً إلي فسخ هذا العقد أو إلغاؤه، لأن التزام البنك قبل المستفيد مستقلاً ومجرداً. فالتعهد الناتج عن خطاب الضمان لا يضمن به البنك حسن تنفيذ العميل لالتزاماته أمام المستفيد، وهو لا يتعهد أن يقوم بدلاً من العميل بتنفيذ التزام هذا الأخير. فلا يعتبر ما يتعهد البنك بدفعه للمستفيد تعويضاً له عن عدم تنفيذ العميل لالتزامه أو إساءة هذا التنفيذ أو التأخير في التنفيذ.

وقد فرق القضاء الفرنسي بين الضمان المستقل الواجب الدفع عند أول طلب وبين الكفالة، حيث قرر بأن البنك عندما يتعهد بدفع مبلغ نقدي

---

(١)نقض تجاري ٢٦ يناير ١٩٩٣- البلتان المدني-٤- رقم ٢٨، أيضاً الفقه ١٩٩٤-١-٣٧٦٥ رقم ١١.

(٢)نقض تجاري ٢٠ ديسمبر ١٩٨٢، و ١٣ ديسمبر ١٩٨٣، وباريس ١٤ يناير ١٩٩٣ J.C.P ١٩٩٣-٢-٢٢٠٦٩.

(٣)باريس ١٣ فبراير ١٩٨٧، دالوز سيري ١٩٨٧ رقم ١٧٢ مع تعليق فاسير.

(٤) نقض تجاري ٢٨ مايو ١٩٨٥- البلتان-٤-١٦٠، وأيضاً دالوز سيري ١٩٨٦-٢١٣ مع تعليق فاسير.

(٥) باريس ١٧ يناير ١٩٨٣ J.C.P ١٩٨٣-٢-١٩٩٦٦.

للمستفيد، لا يسدد ما يكون على عميلة من دين، وإلا كان تدخل البنك مجرد كفالة منه للمدين طبقاً لأحكام الكفالة المدنية، وإنما هو مبلغ نقدي ثابت يتعهد بدفعه مباشرة للمستفيد، وحالة خطاب الضمان المستقل الواجب الدفع عند أول طلب هي ذات طبيعة الاعتماد المستندي الغير قابل للرجوع فيه[1].

فقد ساوت محكمة النقض الفرنسية بين خطاب الضمان وخطاب الاعتماد المستندي الغير قابل للرجوع فيه، مثلما سوت بينهما محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في ٣٠ مارس ١٩٨١ الطعن ٦١٨ لسنة ٤٨ق.

---

(١) نقض تجاري٥ ديسمبر ١٩٨٩- د الوز سيري ١٩٩٠-٢٠٨ مع تعليق فاسير، وأيضاً بنك-١٩٩٠-١٣٩.

الفرع الثاني

النتائج المترتبة على استقلال التزام البنك قبل المستفيد

يترتب على استقلال التزام البنك النتائج التالية:-

١- أن التزام البنك ليس تابعاً لالتزام العميل في وجوده وصحته، ولا يستطيع البنك الاحتجاج ببطلان أو فسخ علاقة العميل والمستفيد أو بطلان أو فسخ علاقة البنك والعميل لكي يتحلل من التزامه بالوفاء. فلا يستطيع البنك التمسك بالدفوع التي له قبل العميل، أو بالدفوع التي للعميل قبل المستفيد.

سواء تعلقت هذه الدفوع بعدم مشروعية سبب الصرف، أو بانعدام مقابل الالتزام، أو متعلقة بالسبب الصوري، أو متعلقة بعيوب الإرادة من الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال، وكذلك الدفع بعدم التنفيذ أو إساءة التنفيذ أو التأخير في التنفيذ، أو متعلقة بعدم وجود غطاء لخطاب الضمان.

والجدير بالذكر في هذا الشأن أنه يجوز التمسك بهذه الدفوع طبقاً للقواعد العامة في مواجهة من كان طرفاً في العلاقة الأصلية[١].

٢- يمتنع على البنك التمسك بالمقاصة بين دين على المستفيد للعميل وبين قيمة خطاب الضمان، كما لا يجوز للبنك التمسك بالمقاصة في مواجهة المستفيد بدين مستحق للبنك في ذمة العميل، كما إذا لم يكن العميل قدم غطاء خطاب الضمان.

ولكن لا يجوز التمسك بالمقاصة بين دين على المستفيد للبنك- ناشئ بصدد علاقة أخرى بينهما- وبين قيمة خطاب الضمان. لوجود صلة

---

(١)د.محي الدين إسماعيل علم الدين- موسوعة أعمال البنوك- المرجع السابق- ص٩٤٣.

مباشرة بين البنك والمستفيد في هذه الحالة تمكن البنك من استخدام دفوعه قبل المستفيد.

ولكن يجب ملاحظة أن البنك لا يستطيع التمسك بالمقاصة في هذه الحالة إلا بعد طلب المستفيد لقيمة خطاب الضمان خلال المدة المحددة. فالبنك لا يستطيع التمسك بالمقاصة في هذه الحالة إلا بعد أن تتحقق ملكية هذه المبالغ التي يمثلها خطاب الضمان للمستفيد، فالخطاب ولئن كان يمثل حقاً للمستفيد في طلب مبلغ معين، إلا أن هذا الحق لا يدخل في ذمته المالية إلا بعد طلبة من البنك خلال المدة المحددة[1].

٣- لا يجوز لدائني العميل توقيع الحجز تحت يد البنك على مبلغ خطاب الضمان، لأن العميل ليس له حق على مبلغ الضمان، حتى لو تم تغطية قيمة خطاب الضمان بالكامل، لأن البنك لم يتعهد بأداء مبلغ خطاب الضمان للعميل، وإنما يضمن للعميل في حدود مبلغ خطاب الضمان.

وكذلك لا يجوز للعميل توقيع حجز ما للمدين لدى الغير تحت يد البنك على قيمة خطاب الضمان كدائن للمستفيد نتيجة العلاقة القائمة على العقد الأصلي والتي بسببها تم اعتماد خطاب الضمان [2]، لأن هذا الحجز يعتبر من قبيل المعارضة في الوفاء إلى المستفيد، لذلك يحق للبنك أن يتجاهل الحجز الموقع تحت يده ويوفي للمستفيـــد عند المطالبة [3]، ولكن

---

(١) عكس ذلك أستاذتنا د. سميحة القليوبي –المرجع السابق- ص ٧٤١.

(٢) نقض تجاري فرنسي ٢٧ نوفمبر، و١٢ ديسمبر ١٩٨٤، وباريس ٢٧ أكتوبر ١٩٨١- الفقه ١٩٨١-٢-١٩٧٠٢، والمجلة الفصلية ١٩٨٢-٢٨١، ونقض ٢٥ مارس ١٩٨٢- دالوز سيري ١٩٨٢-R١٠-٤٩٧ مع تعليق فاسير.

(٣) د. محسن شفيق- المرجع السابق-ص٤٤٥- بند٥٥٠.

يجوز للعميل الحجز لأجل دين غير مرتبط بالعقد الأصلي بين العميل والمستفيد [١].

كما لا يجوز لدائني المستفيد توقيع الحجز تحت يدي البنك علي مبلغ خطاب الضمان لأن حق المستفيد لا يتعلق بهذا المبلغ إلا بعد طلبه من البنك. ولكن يكون للحجز أثر إذا كان حجزاً إدارياً. وكان للمستفيد حساب لدي البنك تضاف إليه قيمة الخطاب، إذ أن الحجز الإداري لا يشمل أموال المحجوز عليه وقت الحجز فقط، وإنما يشمل الأموال التي تستجد له إلي حين التقرير بما في الذمة إن كان ذلك التقرير سلبياً، أو إلي يوم البيع أو الإيداع إن كان التقرير إيجابياً، لذلك يشمل الحجز قيمة الخطاب إذا وقع في الفترة ما بين طلب المستفيد قيمة خطاب الضمان وبين إضافة البنك قيمة الخطاب إلى حسابه لديه. أما إذا كان الحجز قضائياً ووقع في الفترة المذكورة فإنه لا يشمل قيمة الخطاب ولو أضيفت بعد ذلك لحساب المستفيد[٢].

٤- إذا قبض المستفيد مبلغ الضمان، لا يجوز للبنك استرداده بالاستناد إلى أسباب ترجع إلى العلاقة بين العميل والمستفيد، لأن البنك عندما يوفي مبلغ الضمان فإنه يوفي بالتزام شخصي مستقل عن العلاقات الأخرى[٣]. وإنما يحق للبنك استرداد مبلغ الضمان استناداً إلى أسباب ترجع إلى النصوص والشروط المنصوص عليها في الخطاب ذاته. كما يجوز للعميل

---

(١) محكمة باريس ٢٦ مارس ١٩٨٦، دالوز ١٩٨٦-٢٧٤ مع تعليق فاسير.

(٢) د. محي الدين إسماعيل علم الدين- موسوعة أعمال البنوك- المرجع السابق- ص٩٦٩.

(٣) د. محسن شفيق- المرجع السابق- ص٤٤٥.

الرجوع على المستفيد لاسترداد ما قبضه من البنك إذا كان لديه ما يبرر هذا الرجوع، كما إذا أبطلت العلاقة بينهما أو فُسخت[١].

٥- قيام البنك بالوفاء للمستفيد طبقاً لمبدأ استقلال التزام البنك قبل المستفيد وتطبيقاً للشروط المحددة بالتزامه مع عمليه الآمر بعقد الضمان، وبالشروط المحددة في خطاب الضمان، فإن له الرجوع على عميلة بعد ذلك بمقتضى العلاقة القائمة بينهما لاستيفاء قيمة خطاب الضمان إذا لم يكن العميل قد قدم غطاء لخطاب الضمان، طبقاً لقاعدة الحلول[٢]، ولا يستطيع العميل الامتناع عن الدفع بمقولة انه لم يكن ملزماً في مواجهة المستفيد لعدم أحقية الأخير في الضمان طبقاً لشروط العقد بينهما.

وقد أكد قانون التجارة رقم ١٧لسنة ١٩٩٩ وذلك في المادة ٣٦٠ حيث نصت على أنه "إذا دفع البنك للمستفيد المبلغ المتفق عليه في خطاب الضمان جاز له الرجوع على الآمر بمقدار المبلغ المدفوع وعائده من تاريخ دفعه".

٦- الاعتبار الشخصي لخطاب الضمان قائم من ناحية المستفيد –كما هو قائم من ناحية العميل- بمعنى أنه لا يجوز للمستفيد التنازل عن حقه الوارد بخطاب الضمان إلا بموافقة البنك، وبشرط أن يكون البنك مأذوناً من قبل الآمر بإعطاء هذه الموافقة (المادة ٣٥٧ من قانون التجارة)، لأن

---

(١)نقض تجاري فرنسي ١٩٩٧/٦/٧- دالوز ١٩٩٥- الملخص ٢٠ مع تعليق فاسير، د. الغلبان المدني-٤-٢٠٢.

(٢)ربير - المرجع السابق- بند ٢٤٠٨/٤- ص٤٨٤.

الضمان يمنح للمستفيد بالنظر إلى أمانته وحسن نيته، وبالنظر إلى أنه لا يتوقع أن يطلب وفاءه غشاً منه.

فقد نصت المادة ٤ من القواعد الموحدة لخطابات الضمان التي تدفع عند الطلب رقم٤٥٨ لسنة ١٩٩٢ على أن "حق المستفيد من تقديم مطالبة فى نطاق ضمان غير قابل للتنازل عنة ما لم يكن قد نص علي ذلك صراحةً في الضمان أو في أي تعديل له. ومع ذلك فإن هذه المادة لا تؤثر على حق المستفيد في التنازل عن أي مبالغ قد تؤول إليه أو تصبح من حقه في نطاق الضمان".

كما نصت المادة ٩ من قواعد الاونسترال الخاصة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة على أنه "١- لا يجوز نقل حق المستفيد في المطالبة بالسداد إلا إذا كان التعهد بإذن وإلا بالقدر والكيفية المأذون بهما في التعهد. ٢- إذا كان التعهد ينص على أنه قابل للنقل دون بيان ما إذا كانت موافقة الكفيل/المصدر، أو شخص آخر مأذون له لازمه للنقل الفعلي أم لا، لا يكون الكفيل المصدر، ولا أي شخص آخر مأذون له، ملزماً بتنفيذ النقل إلا بالقدر والكيفية اللذين وافق عليهما صراحة".

٧- تعديل العقد الأصلي بين العميل والمستفيد لا يؤثر على التزام البنك المستقل تجاه المستفيد، لأن من نتائج استقلال التزام البنك في مواجهة المستفيد أنه لا أثر على التزام البنك من تعديل العقد المبرم بين العميل والمستفيد أياً كان نوع هذا العقد أونوع الرابطة القائمة بينهم.

فأي تعديل على العقد الأصلي لا يؤثر في التزام البنك ولا يغطيه إلا إذا وافق البنك على هذا التعديل[١]. فقد نصت المادة ١/٧ من القواعد الموحدة لضمانات العقود رقم ٣٢٥ على أن " ضمان العطاء ينتج أثره فقط بالنسبة إلى العطاء الأصلي المقدم من الأصيل ولا ينطبق في حالة أي تعديل له، ولا ينتج أثره بعد تاريخ الانقضاء المنصوص عليه في الضمان أو المنصوص عليه في هذه القواعد، ما لم يكن الضامن قد أعطى إخطاراً بالكتابة أو ببرقية أوتلغراف أو تلكس إلى المستفيد بأن الضمان ينطبق عليه أو بأن تاريخ الاقتضاء قد مد". وأضافت الفقرة الثالثة من ذات المادة أن "كل تعديل يجريه الضامن في نصوص وشروط الضمان يصبح نافذاً في حق المستفيد فقط إذا وافق عليه المستفيد، وفي حق الأصيل أو الطرف معطي التعليمات –حسب الأحوال- فقط إذا وافق الأصيل أو الطرف معطي التعليمات حسب الأحوال".

كما نصت المادة ٨ من قواعد الأونسترال على أنه "١- لا يجوز تعديل التعهد الا بالشكل المنصوص عليه في التعهد. ٢- ما لم ينص التعهد، أو يتفق الكفيل/ المصدر والمستفيد في غير التعهد، على خلاف ذلك، يعتبر التعهد معدلاً لدى صدور التعديل إذا كان المستفيد قد سبق له الأذن بالتعديل. ٣- ما لم ينص التعهد، أو يتفق الكفيل/ المصدر والمستفيد في غير التعهد، على خلاف ذلك، وحيث لا يكون المستفيد قد سبق له الأذن بأي تعديل، لا يعدل التعهد إلا عندما يتلقى الكفيل/ المصدر إشعاراً بقبول التعديل يصدره المستفيد بشكل من الأشكال المشار إليها من الفقرة ٢ من المادة ٧. ٤- لا يكون لتعديل التعهد أي أثر على حقوق والتزامات الأصيل الطالب (أو طرف آمر أخر) أو حقوق والتزامات مثبت التعهد ما لم يوافق ذلك الشخص على تعديل".

---

[١]د. علي جمال الدين عوض –خطابات الضمان المصرفية- المرجع السابق – ص١٠١.

الفرع الثالث

أثر الغش على استقلال التزام البنك

رغم الاستقرار على استقلال التزام البنك في الضمان عند أول طلب، إلا أن هذا الاستقلال يتراجع في حالة غش المستفيد في طلبه تنفيذ التزام البنك.

ويقصد بالغش الخطأ العمدي أو الامتناع عمداً عن تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد على الوجه المتفق عليه. فليس قصد الأضرار بالدائن عنصراً فيه، بل يستهدف المدين عادةً بإخلاله بما التزم به تحقيق مصلحة شخصية له ومع ذلك يتوافر الغش في جانبه إذا كان هذا الإخلال عمدياً [١] والغش كما يصدر من المدين الذي يمتنع عمداً عن تنفيذ التزامه، فكذلك يقوم الغش في جانب الدائن الذي يطلب عمداً بما ليس من حقه، أي إذا لجأ إلى الخديعة والاحتيال[٢].

ورغم أن تنفيذ الاتفاق يجب أن يتم بحسن نية، إلا أن التسليم بأن العقد شريعة المتعاقدين وبوجوب تنفيذ الالتزام بجميع آثاره قد يحمل العاقد أو المستفيد من الالتزام على التمسك به ومحاولة المغالاة في الإفادة منه على حساب الطرف الآخر. لذلك نص القانون المدني في المادة ١/١٤٨ على أنه "بجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجب حسن النية".

---

(١) د. محمد جمال الدين زكي- الوجيز في النظرية العامة للالتزامات- الطبعة الثالثة- ١٩٧٨- ص٣٣٥ رقم١٨١.

(٢) نقض مدني ١٧ فبراير ١٩٩٤- مجموعة النقض ٤٥- ص٣٨٢.

والمقصود بوجوب تنفيذ الالتزام بحسن نية ضرورة مراعاة الإخلاص والأمانة وتوخي القصد والاعتدال في تنفيذ الالتزام والتقيد به حتى لا ينقلب هذا التنفيذ وبالاً على الطرف الآخر[١].

لذلك يجب على المستفيد عند التقدم بطلب قيمة خطاب الضمان أن يكون حسن النية، وألا يكون قاصداً من ذلك الإضرار بالضامن أو العميل الآمر، حيث يجوز للعميل طلب عدم الصرف للمستفيد في حالة غش المستفيد، حيث يجيز القضاء الفرنسي تعليق ضمان البنك إذا اثبت العميل غش المستفيد[٢].

فقد أكدت قواعد الاونسترال على ضرورة مراعاة حسن النية في الممارسات الدولية المتبعة في الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة حيث نصت المادة ٥ على أنه " لدى تفسير هذه الاتفاقية يتعين إيلاء الاعتبار لطابعها الدولي ولضرورة تشجيع التوحيد في تطبيقها ومراعاة حسن النية في الممارسة الدولية المتبعة في الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة".

ولقد قامت قواعد الاونسترال بتحديد حالات سوء النية (الغش) وجعلتها استثناء من التزام البنك بالسداد. حيث جاءت المادة ١٩ من هذه القواعد بعنوان "الاستثناءات على التزام السداد ونصت على أنه "١- إذا كان من البين والواضح: أ- أن أي مستند مقدم، مزور أو قد جرى

---

(١) د. سليمان مرقص –أصول الالتزامات- ١٩٥٧- ص٣٥٠ فقرة ٢٦٣.

(٢) نقض تجاري ٦ نوفمبر ١٩٩٠- دالوز ١٩٩١-١٠٩، وأيضاً نقض تجاري ١١ ديسمبر ١٩٨٥- دالوز سيري ١٩٨٦- ٢١٣ مع تعليق فاسير، ونقض تجاري ١٣ يناير ١٩٩٣ الـــ J.C.P -١٩٩٤-٢-٢٢٣١٢ مع تعليق استوفليه.

تزييفه، أو ب- أن السداد لم يكن مستحقاً على الأساس الوارد في المطالبة والمستندات الداعمة، أو جـــ- أن المطالبة، بحكم نوع التعهد وغرضه، ليس لها أساس يمكن تصوره. كان للكفيل/المصدر، متصرفاً بحسن نية، الحق، إزاء المستفيد في أن يمتنع عن السداد. ٢- لأغراض الفقرة جـــ من الفقرة ١ من هذه المادة، ترد فيما يلي أنواع الحالات التي لا يتصور أن يكون فيها أساس للمطالبة.

أ- حيث لا يكون هناك شك في عدم وقوع الحدث أو الخطر الاحتمالي الذي أريد بالتعهد أن يؤمن المستفيد من وقوعه. ب- حيث يكون الالتزام الأصلي الواقع على الأصيل/الطالب قد أعلنت بطلانه محكمة أو هيئة تحكيم ما لم يبين التعهد أن هذا الحدث الاحتمالي يندرج ضمن المخاطر التي يغطيها التعهد. جـــ- إذا كان التزام الأساس قد نفذ بطريقة لا يتطرق إليها الشك كما طلبه المستفيد. د- حيث يكون من الواضح أن الذي حال دون أداء الالتزام الأصلي هو تصرف معيب معتمد من المستفيد. هـــ- في حالة مطالبة بمقتضى كفالة مقابلة، حيث يكون المستفيد من الكفالة المقابلة قد قام بالسداد بسوء نية اعتباره الكفيل/ المصدر للتعهد الذي تعلق به الكفالة المقابلة. "هذه المادة بالإضافة أنها تحدد حالات الغش، إلا أنها تحدد أيضاً شروط الغش المانع من وفاء خطاب الضمان.

ب- وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الطلب الظاهر المخالف التعسفي للضمان بأخذ نفس حكم الغش أو التدليس، ويكون سبباً لرفض طلب قيمة الضمان[١]. فقد سوت بين التعسف الظاهر والغش.

وذهبت أيضاً إلى أنه يوجد تعسف ظاهر عندما يغيب أو ينعدم الحق المستند إلى العقد الأصلي، بحيث يشعرك بغياب هذا الحق، وهذا يوضح سوء نية المستفيد[٢].

وقضت محكمة النقض الفرنسية بحكم هام هو أنه [٣] إذا كان هناك غش أو خطأ من جانب المستفيد لم يستطيع العميل إثبات ذلك في الحال، فإنه يستطيع أن يحصل على أمر أو حكم من القضاء المستعجل باتخاذ الإجراءات التحفظية على خطاب الضمان في حالة الخطر الحال والعاجل، وعلى البنك في هذه الحالة أن يمتنع عن الوفاء غير المستحق للمستفيد. وأضافت محكمة النقض أنه رغم أن المادة ٨٧٣ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد تجيز للقاضي الأمور المستعجلة أن يأمر

---

(١) نقض تجاري ٢٠ يناير ١٩٨٧- J.C.P- ١٩٨٧-٢-٢٠٧٦٤ مع تعليق استوفليه، أيضاً دالوز سيري ١٩٨٧- ١١٧ مع تعليق فاسير، والمجلة الفصلية للقانون التجاري- ١٩٨٧- ٢٣٤،٥٥٧. أيضاً نقض تجاري ١٨ ديسمبر ١٩٩٠- دالوز سيري ١٩٩١- ١٩٨.

(٢) نقض ٧ يونية ١٩٩٤- دالوز ١٩٩٥-٢٠ مع تعليق فاسير، أيضاً J.C.P ١٩٩٤-٢-٢٢٣١٢ مع تعليق استوفليه.

(٣) نقض تجاري ٥ فبراير ١٩٨٥، وباريس ٢ يونية ١٩٨٢ دالوز سيري ١٩٨٣-٤٣٧ مع تعليق فاسير وأيضاً باريس ١٣ ديسمبر ١٩٨٤- دالوز سيري- ١٩٨٥- I.R- ٢٤٠ مع تعليق فاسير.

بإجراءات تحفظية لمنع خطر حال وعاجل. إلا أن ذلك لا يمكن العميل من الحصول على قيمة الضمان، وإنما يتم وضعه تحت الحراسة.

وفي حالة الضمان المقابل يتوافر الغش إذا كان البنك الضامن الأول شريكاً في الغش بأن كان يعلم بغش المستفيد، أو لديه ظروف لا شك فيها بحيث تفرض حتماً علمه بغش المستفيد، فهذا البنك يكون بدوره قد ارتكب غشاً عندما دفع للمستفيد وبالتالي عندما يطلب من البنك المقابل وفاء ضمانه، حيث يكون في هذه الحالة متواطئاً مع المستفيد.

وفي ذلك ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن البنك المقابل يستطيع أن يؤسس رفضه دفع قيمة خطاب الضمان إذا اثبت أن البنك الضامن الأول قد سلك سلوك التدليس أو الغش مع المستفيد وتواطء على المستفيد وطلب الدفع من البنك المقابل، أو كان يعلم بتعسف وغش المستفيد [١]، كما قضت بأن العميل الآمر لا يمكنه الامتناع أو التحلل من التزاماته في علاقاته بإثبات الصفة عير العادلة لطلب المستفيد للضمان، طالما أن البنك الضامن لا يستطيع الاحتجاج بهذا الدفع إلا في حالة الغش أو التدليس أو التعسف"[٢].

---

(١) نقض تجاري ١١ ديسمبر ١٩٨٥- دالوز سيري ١٩٨٦-٢١٣ مع تعليق فاسير، وأيضاً J.C.P ١٩٨٦-٢- ٢٠٥٩٣ مع تعليق استوفليه: أيضاً باريس ١٤ ديسمبر ١٩٨٧- دالوز سيري ١٩٨٨-٢٤٩ مع تعليق فاسير أيضاً نقض تجاري ٢٣ أكتوبر ١٩٩٠- دالوز سيري ١٩٩١-١٩٧ مع تعليق فاسير.

(٢) نقض تجاري ٦ فبراير ١٩٩٠، دالوز سيري ١٩٩٠-٤٦٧ بنك ١٩٩٠-١٧٠، وأيضاً نقض تجاري ١٩ فبراير ١٩٩١ دالوز سيري ١٩٩٠- ١٢٠ مع تعليق فاسير.

المطلب الثاني

التزام البنك البات والنهائي في خطاب الضمان

بمجرد إصدار خطاب الضمان ووصوله إلى علم المستفيد ولم يرفضه، لا يجوز للبنك الرجوع فيه أو الامتناع عن الدفع مهما كانت الأسباب التي يتذرع بها لتبرير الامتناع ودون الاعتداد بأية معارضة.

معنى ذلك أن خطاب الضمان يلزم البنك متى وصل إلى المستفيد نهائياً، أي أنه لا يستطيع الرجوع فيه ما لم يرد فيه نص بذلك، والمقصود بوصوله إلى المستفيد ما لم يرفضه، خروجه نهائياً من سيطرة الضامن.

ولكن ليس معنى ذلك أنه يلزم قبول المستفيد للخطاب لأنه ليس عقدا تلتقي فيه إرادة المستفيد مع إيجاب صادر من البنك، ولكن معنى اشتراط وصول الخطاب إلى علم المستفيد أن البنك يستطيع الرجوع في إرادته طالما لم يصل الخطاب إلى علم المستفيد، ولكن متى وصل إلى علمه اصبح للمستفيد حق نهائي ضد البنك، وسقط حق الأخير في الرجوع في إرادته. فقد قضت محكمة النقض أن "وصول خطاب الضمان إلى المستفيد وعلمه به. أثره. نشوء حقه في المطالبة بقيمته وحتى انقضاء مدته المحددة به...."

وقد أكدت القواعد الموحدة لخطابات الضمان الـ Bonds الصادرة في ١٩٨٦/٥/٢٣ على نهائية خطاب الضمان حيث نصت المادة ٤ على أنه "تعتبر خطابات الضمان بطبيعتها تعهدات غير قابلة للرجوع فيها (نهائية)....".

ورغم أن خطاب الضمان نهائي إلا أن هذا لا يمنع أن تكون المطالبة به من قبل المستفيد تكون بناءً على طلب كتابي متضمناً تقريراً بحصول مخالفة للعقد الأصلي، وقد تكون المطالبة مؤيدة بمستندات معينة، أو تكون بمجرد الطلب، وقد نصت على ذلك المادة١٧ من ذات القواعد.

وقد أقرت بنهائية خطاب الضمان القواعد الموحدة التي أصدرتها غرفة التجارة الدولية بباريس لخطابات الضمان التي تدفع عند الطلب (الكتيب ٤٥٨ لسنة١٩٩٢). حيث نصت المادة ٥ على أن " كل الضمانات والضمانات المقابلة غير قابلة للرجوع فيها ما لم ينص فيها على غير ذلك".

فالأصل هو التزام البنك البات والنهائي في خطاب الضمان، وان الضمان غير قابل للرجوع فيه، بمعنى أن المستفيد عندما يتسلم خطاب الضمان يصبح حقه باتاً غير قابل للنقض وذلك دون حاجة إلى صدور قبول منه، وإن كان له الحق في أن يرفضه حتى لا تدخل ذمته حقوق رغماً عنه. أما قبل أن يتسلم المستفيد خطاب الضمان فإن حقه يكون قابلاً للنقض، فيستطيع العميل بعد أن يتسلم الخطاب ليعطيه للمستفيد أن يعيده للبنك ويطلب إلغاءه. دون أن يكون للمستفيد أن يعترض على ذلك. طالما أنه لم يتسلم صك الخطاب[١].

ولكن ليس معنى نهائية خطاب الضمان ألا يكون مقترناً بشرط أو أجل، وإنما يعني أن اقتران خطاب الضمان بشرط أو أجل يجب أن يكون مرتبطاً بواقعة ترجع إلى المستفيد، وأن يكون هذا الشرط أو الأجل أو

---

(١)د. محي الدين إسماعيل علم الدين- موسوعة أعمال البنوك- المرجع السابق- ص٩٦٥.

المستندات مذكورة في الخطاب نفسه، وبشرط ألا يرجع تنفيذه إلى واقعة خارجية عنه تماماً[١].

وقد أكد ذلك نص المادة ٦ من القواعـــد الموحدة لخطابات الضمان عند الطلب (٤٥٨ لسنة ١٩٩٢) حيث نصت على أن "كل الضمانات يسرى مفعولها من يوم صدورها ما لم تكن شروطها تنص صراحة على أن سريان المفعول في تاريخ لاحق أو أن سريان المفعول معلق على شروط محددة تفصيلاً في الضمان وعددها الضمان على أساس أي مستندات معينة منصوص عليها فيه".

وتقول محكمة النقض المصرية أن[٢] "الأصل في خطاب الضمان ألا يتوقف الوفاء به على واقعة خارجة عنه ولا على تحقق شرط ولا حلول أجل ولا يغير من ذلك أن يرتبط تنفيذه بواقعة ترجع إلى المستفيد منه... وعباراته وحدها هي التي تحدد التزام البنك والشروط التي يدفع بمقتضاها حتى إذا ما طولب بالوفاء أثناء سريان أجل الضمان وتحققت الشروط وقدمت إليه المستندات المحددة في الخطاب وجب عليه الدفع فوراً....".

فالمحكمة تقول "الأصل". وهذه الكلمة وردت في أحكام عديدة لها، وكلمة "الأصل" تعني أن هناك صوراً أخرى خلاف الأصل[٣].

---

(١)د. علي جمال الدين عوض- خطابات الضمان المصرفية- المرجع السابق- ص١٣٧.

(٢) الطعن رقم ٢٠٨٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ٢٩ مايو ١٩٨٩ ، الطعن رقم ١٠١٣ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٥/١٢/٣٠

(٣) د. علي جمال الدين عوض- المرجع السابق- ص١٣٧.

فالأصل أن يكون التزام البنك بدفع قيمة خطاب الضمان التزاماً منجزاً، غير أنه يجوز تعليقه على شرط. مثال ذلك أن يعلق البنك التزامه في خطاب الضمان على صدور حكم نهائي لصالح المستفيد ضد العميل في نزاع معين، في مثل هذه الحالة يتعين أن يكون منصوصاً بوضوح في خطاب الضمان على هذا الشرط. ومما ينبغي ملاحظته في هذا المقام أن تعليق التزام البنك على حلول أجل أو تحقيق شرط معين لا يتعارض مع خصائص خطاب الضمان، ولا ينفي نهائية واستقلال التزام البنك قبل المستفيد،فغاية ما في الأمر ان طلب المستفيد دفع قيمة الخطاب يجب أن يقترن بتحقيق الشرط، وهذا أمر يرجع إلى المستفيد وليس إلى البنك. لأنه متى قام الدليل على تحقيق الشرط على النحو المنصوص عليه في خطاب الضمان يتعين على البنك الوفاء بقيمته ودون الاعتداد بأية معارضة يتلقاها من العميل[1].

فالبنك يلتزم عند أول طلب للمستفيد ما دام الخطاب غير مشروط. وما دام المستفيد يطلب قيمة الخطاب وفقاً لنصوص الخطاب وعباراته. فإذا كان الخطاب مشروطاً وجب على البنك التحقق من توافر شروطه لان التزام البنك شيء واستحقاق قيمة خطاب الضمان شيء آخر.

وقد نصت المادة ٤/٧ من قواعد الاونسترال عام ١٩٩٥ الخاصة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة على أنه "لا يجوز بعد إصدار التعهد بالرجوع فيه، ما لم ينص على جواز ذلك".

---

(1)د. مصطفى مرعي- مرجع سابق- ص٣٦.

أي أن الأصل هو عدم جواز الرجوع في خطاب الضمان، إلا إذا تضمن نص الخطاب وعباراته تعليق استحقاق قيمة الخطاب على حلول اجل أو تحقق شرط.

وقد ذهب القضاء إلى أن[١] "خطاب الضمان هو تعهد نهائي يصدر من البنك بناء على طلب الآمر بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين بمجرد أن يطلب المستفيد منه ذلك، وأنه لا يجوز للبنك أن يرفض الوفاء للمستفيد بسبب يرجع إلى علاقة البنك بالآمر أو علاقة الآمر بالمستفيد". وقد حكم أيضاً [٢] بأنه "يكفي أن يصل خطاب الضمان إلى علم المستفيد ليصبح له حق نهائي قبل البنك ويمتنع على البنك الرجوع عنه............".

فطالما كان التزام البنك قطعياً فإنه يمتنع على البنك إلغاء التزامه، لأن الأصل أن خطاب الضمان يرتب تعهداً نهائياً يصدر من البنك بمجرد طلب المستفيد[٣].

واعتبار التزام البنك الناشئ عن خطاب الضمان باتاً ونهائياً في مواجهة المستفيد يجعل الخطاب صالحاً لتأدية الوظيفة التي خلق من أجلها.

---

(١)محكمة استئناف القاهرة ١٩ فبراير ١٩٦٣- المجموعة الرسمية ص ٦١ ق١ سنة١١٢.

(٢)محكمة استئناف القاهرة ١٩٩٨/١١/١٨- دائرة ٨ تجاري.

(٣)د. حسني عباس- عمليات البنوك- ١٩٦٨- ص١٤٠ رقم ٢٠١.

الفهرس